

تمهيد وتقسيم :

بعد التعرف من خلال الباب الأول من هذه الأطروحة على التراضي المحل في عقود الإعداد وبعد محاولة تحليل الطبيعة القانونية لهذا العقد من خلال دراسة لبعض عقود الإعداد النموذجية ومحاولة تفسيرها عبر تحليل النظام القانوني المرافق لإبرام عقود برامج الحاسب الآلي. فإن بحثنا في هذا الباب سوف ينصرف إلى تحليل الآثار القانونية المترتبة على هذا التعاقد من خلال تحليل المشكلات الخاصة بتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على التعاقد. إن مرحلة تنفيذ العقد يجب أن تتم طبقاً لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية⁽¹⁾ وبما أن مرحلة التنفيذ هي المرحلة التي يلتزم فيها كل طرف في العقد بتنفيذ ما التزم به فمن الضروري بمكان بيان هذه الالتزامات وتحديد نطاقها والآثار التي تترتب على الإخلال بها. وعليه سوف يقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول نتحدث في الفصل الأول عن الالتزام بنقل الملكية على الرغم من أنه يدخل في نطاق التزامات الأطراف وبالذات التزامات المنتج أو المتعهد، ولكننا أفردنا له فصلاً مستقلاً لما له من خصوصية في مجال عقود الإعداد. أما في الفصل الثاني فسوف نبحث فيه التزامات الأطراف ونقصد التزامات أطراف عقد الإعداد سواء المستخدم (المستفيد) أو المبرمج (منتج متعهد) كيفما اتفق والتي يفرضها العقد والقانون على كل منهما مع بحث في مسؤولية هؤلاء الأطراف عند الإخلال في هذه الالتزامات، ونختم هذا

¹ (1). المادة 48 مدني مصري (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)، تقابل المواد 202 مدني أردني، و181/1 مشروع فلسطيني.

الباب بفصل نعالج فيه كيفية انتهاء هذه العقود سواء
بالوسائل العادية للانتهاء أو بالوسائل غير العادية.

الفصل الأول نقل الملكية

رغم أن الحديث عن نقل الملكية يندرج في بحث الحديث عن الآثار التي تنتج عن العقد وفي التزامات الأطراف تحديداً إلا أن الملكية في برامج الحاسب الآلي تتعلق بحقوق الملكية الفكرية ولهذا حرصنا عبر هذه الدراسة بتخصيص فصل كامل نعالج أحكامها فيه.

إن المبدأ العام في القانون المدني أن الملكية تنتقل بحكم العقد أي بمجرد تمامه⁽¹⁾ وعلى ذلك تنص المادة 199/1 من القانون المدني الأردني (لتثيت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك).

ولهذا المبدأ استثناءات وهي في حالة كون المحل معيناً بالنوع فالمشرع المصري وأسوة بغيره من التشريعات المدنية نص في المادة 205 من القانون المدني في الفترة الأولى (إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء)⁽²⁾، هذا إذا لم يقضي الاتفاق بتأجيل نقل الملكية إلى ما بعد إبرام العقد كما هو الحال في البيع الإيجاري⁽³⁾.

ولكن إن قضية الملكية في عقود الإعداد تطرح تساؤلاً مهماً للغاية بالنسبة للعاملين في مجال تطوير وإعداد البرامج أيأ كانوا مستثمرين أم مبرمجين أو رجال أعمال... الخ من عدة جوانب أبرزها أن استخدام مصطلح الملكية ذاته في عقود الإعداد يجب

1 (1). راجع المادة 204 مدني مصري والمادة 180/1 مشروع مدني فلسطيني.

2 (2). تقابل المادة 262/1 مشروع فلسطيني.

3 (3). راجع المواد 430/1/2 والمادة 224/2 مدني مصري، والمواد 487 مدني أردني و466 مشروع فلسطيني.

أن يتم بحذر شديد لتعلقه بأموال غير مادية (معنوية) فهل يبرز مصطلح الملكية بحد ذاته معنىً كافياً في نطاق الملكية الفكرية وبالتالي يجب فقط استخدام مصطلح الملكية عند حديثنا عن معدات عقود الإعداد مثل الجهاز نفسه أو ال Hard ware أو مكوناته والابتعاد عن البرامج كمصنفات أدبية والابتعاد بها عن مجال أعمال القواعد العامة في الملكية خصوصاً بعد جنوح أغلب دول العالم وعبر تشريعاتها الوطنية أو عبر معاهدات دولية إلى اعتبار برامج الحاسب من ضمن الأعمال الذهنية والأدبية التي يجب حمايتها عبر قوانين حماية حقوق المؤلف أو قوانين حقوق الطبع⁽¹⁾

ونظراً لهذه الخصوصية والتشعبات المتعلقة في الموضوع وقبل الحديث عن جوانب الملكية الفكرية وكيفية التعامل بها إن لم نقل نقلها أو بيعها (طبعاً

1 (1). يقابل حق المؤلف في دول الشريعة الانجلوساكسونية ما يعرف بحقوق النسخ أو الطبع "Copyrights" ويحكم هذا الموضوع في المملكة المتحدة قانون حقوق الطبع والتصاميم وبراءات الاختراع لعام 1988 وتعديلاته في عام 1995 حيث تضمن فيه حماية قانونية لبرامج الحاسب الآلي. وبوجه عام هناك تشابه كبير في المبادئ العامة التي تحكم حق المؤلف في دول الشريعة اللاتينية وحقوق الطبع في دول الشريعة الانجلوساكسونية فالنتائج والحلول القانونية في كلا الشريعتين تتشابه الى حد بعيد الا ان هناك فارق أساسي يبقى بينهما حيث ان تركيز دول الشريعة الانجلوساكسونية يبقى على الحق المالي للمؤلف والتي تسميها economicny في حين أن الدول اللاتينية تعني بحماية أكبر لشخص المؤلف وترى في الاعتداء على مؤلفة اعتداء عليه وأن حقوقه الأدبية لصيقة بشخصه لا تسقط ولا يمكن التنازل عنها. راجع في ذلك د. حسام لطفي - المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء - الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، القاهرة، 1996، ص 13. وفي ملكية البرامج كمصنفات أدبية يمكن مراجعة المادة 138، 139، 140 - القانون المصري الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002. ونص المادة 2 من قانون حماية حقوق المؤلف الأردني، رقم 22 لسنة 1992. منشور بالجريدة الرسمية عدد 3821 بتاريخ 16/5/92. والقرار التوجيهي الأوروبي رقم 13/91 في مادته رقم 2 واتفاقية ترينس السابق الإشارة إليها في المادة العاشرة والحادية عشرة والثانية عشرة منها.

يباع الحق المالي فقط) كما سنرى لاحقاً سنبحث في
عجالة كيفية نقل الملكية في الأموال المادية عبر
مبحث أول ليكون تمهيداً لنا في البحث في حقوق
الملكية الفكرية وكيفية انتقالها في المبحث الثاني
من هذا الفصل.

المبحث الأول الالتزام بنقل ملكية الأموال المادية

بيننا فيما سبق أنه يجب عدم الخلط بين برنامج الكمبيوتر نفسه باعتباره كيان منطقي يمثل كافة العناصر غير المادية اللازمة للتعامل مع جهاز الحاسب والتي تكون تعليمات وأوامر مكتوبة بإحدى لغات البرمجة بقصد الوصول إلى نتيجة معينة والتي توجه إلى الكيان المادي وهو الكمبيوتر أو الحاسب نفسه وملحقاته من الأجهزة⁽¹⁾ المادية والتي من خلالها سيقوم البرنامج بتأدية وظائفه على أكمل وجه. وبالتالي يجب عدم الخلط بين برامج الكمبيوتر نفسها باعتبارها أشياء غير مادية والأجهزة التي تعمل عليها Hardware باعتبارها كيان مادي محسوس. هذا بالإضافة إلى ملاحظة مهمة جداً وهي أننا يجب أن لا نخلط فيما بين البرنامج وبين الوسيط المادي الذي أفرغ فيه البرنامج "Material Object"² والذي يشكل الوعاء الذي خزن أو حمل أو ثبت فيه البرنامج، سواء كان هذا الوعاء ورق عادي⁽³⁾، أو تم

¹ (1).د. شحاته غريب شلقامي، الحق الأدبي لمؤلف برنامج الحاسب الآلي، دار النهضة العربية - القاهرة، 2004، ص 18. د. خالد حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 155، ود. محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص 16.

² (2) حيث يورد الدكتور فليب ارمور أن القضاء والفقه في الولايات المتحدة لا يرى في برامج الحاسب الآلي منتج بالمفهوم التقليدي للمنتج P.R. The Laws of Software Process, Phillip G. Armour

³ (الفصل الرابع 203 p natural of software development) (1).وهو ببساطة البرنامج في صورته الأصلية أي في صورته الأولى كما كتب بها أول مرة بإحدى اللغات التي تكتب بها البرامج عادة لذلك يطلق عليه البعض The source code أو أصل البرنامج ويطلق عليه أيضاً الصورة القابلة للقراءة آدمياً Human readable form وهذا لا يسلم لأحد ولا يسمح لأحد بالاطلاع عليه ولا يعطى العميل نسخة منه، وذلك لأهميته وسريته وعادة ما يتكون من معادلات رياضية وخوارزميات. وللتبسيط أكثر نقول مثلاً إن الخوارزمية التالية)

تحويله من معادلات على ورق عادي الى صورة
يستطيع الجهاز قراءتها والتفاعل معها عبر إفراغه
بلغة يفهمها الجهاز عن وسيط مادي بلغة يفهمها
الكمبيوتر إلى ذاكرة الكمبيوتر نفسه⁽¹⁾.
وللتفرقة ما بين البرنامج وشكله المادي أهمية
كبيرة تتجسد في أن الصورة الشائعة لتداول البرامج
إنما تكون عبر الترخيص بالاستعمال والذي يشكل إذناً
من المؤلف أو صاحب الحق للمستخدم (المرخص
له) باستخدام البرنامج في حدود الشروط الواردة في
عقد الترخيص أو عقد الإعداد، وفي هذه الصورة لا
يشترى المرخص له إلا الوعاء المادي الذي يحتوي
البرنامج أما البرنامج عينه فإنما يرخص له فقط
باستعماله في الحدود المتفق عليها أو المقررة قانوناً
وبالتالي يكون ما يدفعه المستخدم هو مقابل
استخدام البرنامج بالإضافة إلى ثمن الوعاء المادي⁽²⁾.

982454959483) هي رمز عندما يكتب البرنامج على ورقة في
نسخته الأولى يظهر من خلالها كلمة "Microsoft" التي تظهر لنا على
الشاشة عند بداية تشغيل برامج النوافذ Windows التي تعمل على
نظام "IBM" يمكن مراجعة:

Prof.. Eben moglen. Software as property the theoretical
paradox E-mail//mailto: moglen@columbia.edu p.2.3

وكذلك يمكن مراجعة د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع
سابق، ص 86-88. ود. خالد عبد الرحمن، مرجع سابق، 130-131.
(2). تسمى هذه العملية برنامج الهدف The object code وتكون عبر

تحويل المعادلات إلى صورة يفهمها جهاز الكمبيوتر ويتعامل معها
ويطلق عليها الصورة القابلة للقراءة عن طريق الآلة Machine
readable form. وهي النسخة التي تحمل فعلاً على جهاز الكمبيوتر
أو تحفظ على وسيط مادي مثل ال CD على شكل برنامج نضعه في
جهاز الكمبيوتر ليقوم عبره بوظائف معينة وهو في الغالب الشائع ما
يكون محل التعاقد في عقد الإعداد/ راجع في ذلك المراجع المشار
إليها أعلاه وكذلك د. حسن جميعي، مرجع سابق، ص 60-72. ود. عزة
خليل، مرجع سابق، ص 31-33. وكذلك انظر: Stephen

Fishman , Legal Guide to Web & Software
Development , p215

² (1). د. خالد حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 155، د. علاء
الدين فهمي وآخرون، موسوعة دلتا كمبيوتر 4، مرجع سابق، ص 26، و
د. حسن جميعي ص 67-68. د. عزة خليل، ص 33، ود. فاروق

هذا من ناحية أما من ناحية أخرى فإنه يترتب على التفرقة ما بين الأجهزة ومعدات ومستلزمات البرامج كأدوات تحميلها والبرامج نفسها نتائج قانونية بالغة الأهمية، فكل منها يخضع لنظام قانوني مختلف تماماً عن الآخر وذلك بسبب الاختلاف الذي يواكب طبيعة كل منها.

ونظراً لهذا الاختلاف سوف نبحت في هذا المبحث قضية انتقال ملكية الأجهزة ومستلزماتها وأوعية البرامج عبر مطلبيين نبحت في المطلب الأول انتقال الأموال المعنية بالذات وفي المطلب الثاني انتقال الأموال المعنية بالنوع، وذلك كله تمهيداً لبحثنا في ملكية البرامج وكيفية انتقالها في ضوء قوانين الملكية الفكرية في المبحث الذي يليه.

المطلب الأول

الأموال المعنية بالذات

على الرغم أن موضوعنا الأساسي هو التعاقد على برامج الحاسب وليس على الأجهزة أو ملحقاتها إلا أن الدافع فيما وراء إدراج هذه الأشياء كأموال يجوز التعاقد عليها في عقد الإعداد كان هو العقد المشهور في مجال البرامج والذي يطلق عليه اسم نظم المعلومات المتكاملة أو ⁽¹⁾Turnky systems والذي نلاحظ فيه شموله على العديد من العناصر مثل أجهزة الكمبيوتر والبرامج والخدمات الأخرى مثل التصميم والتركيب Installation والتشغيل

الحفناوي، ص 84-85.

⁽¹⁾ سبب التسمية لأنه في نهاية هذا المشروع يتسلم المستخدم مشروعاً كاملاً متكامل وما عليه إلا بدء العمل وقد أطلق عليه البعض اسم Systems Integration - نظام متكامل على إعتبار أن التكامل هو أهم مكونات هذه النظم وتسمى الشركات العاملة في هذا المجال system provider- ويسمى البعض عقود تسليم المفتاح، أنظر في الطبيعة القانونية لعقود تسليم المفتاح ، د.حسن جميعي مرجع سابق ص 95 وفاروق الحفناوي عقود الكمبيوتر ج2 مرجع سابق ص 14-15. ومعجم الكيلاني لمصطلحات الحاسب الآلي مرجع سابق ص 240.

والصيانة إلخ.. والذي لا بد من تضافر جهود وخبرات متعددة للقيام بمثل هذه المشروعات والتي يصل وقت تنفيذها في بعض الأحيان لعدة سنوات وتكلف مبالغ طائلة.

وعودة على بيان مفهوم الأجهزة والمعدات كأموال من الممكن التعاقد على بيعها في ضوء نظم المعلومات المتكاملة أن الرأي السائد في الفقه يعتبر عقود نظم المعلومات المتكاملة من عقود المقاول⁽¹⁾، وهذا ما يجعل الأمر يسيراً بالنسبة للمستخدم بحيث أن عقود المقاول في مجال الإعداد تتميز بوجود مدين واحد [مقاول واحد] يلتزم بتوريد النظام المتكامل ويقع عليه عبء التنسيق والإشراف على مقاولي الباطن إن وجدوا وهو من يتحمل المسؤولية القانونية أمام المستخدم بحيث أن التزامه هو كل متكامل على الرغم من احتواء المشروع محل التعاقد على مكونات وعناصر متباينة لكنها لا تقبل التجزئة فهذا العقد يفترض مسؤولية المقاول عنها في مجموعها.

ومن أهم البنود في هذه العقود وهو البند الذي دفع بنا إلى مناقشة قضية الأجهزة وملحقاتها هو بند غالباً ما نجده فيها، وهو البند الذي يتحدث عن ملكية الأجهزة والذي دائماً ما يرد على النحو التالي (تنتقل إلى المستخدم أو العميل أو الطرف الأول أو الثاني حسب مسماه في العقد)، ملكية الأجهزة بمجرد قيامه بسداد القيمة المستحقة عنها كاملة (أو بمجرد قبوله وكيفما اتفق) أما البرامج فتظل مملوكة للمقاول (الجهة المالكة حسب التسمية)، ويرخص

1 (1). د. جمال عبدالرحمن علي-مرجع سابق ص33 وما بعدها ود. السيد محمد عمران مرجع سابق ص 55 وما بعدها ود. انور أحمد الفزيع -عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة حاسبات آلية- مجلة الحقوق جامعة الكويت 1994ع 2 ص126 وما بعدها، د.عزة خليل-مرجع سابق ص 46-47، ود. حسن جميعي مرجع سابق ص 80-97.

فقط للمستخدم باستعمالها وفق الغرض الذي أعدت من أجله⁽¹⁾.

ومثل هذه الشروط تقودنا إلى البحث في كيفية انتقال الملكية بالنسبة لهذه الأجهزة وهي ملكية عادية يحكمها القانون المدني على عكس ملكية البرامج التي تحكمها قوانين الملكية الفكرية. وبما أن هذه الأجهزة وملحقاتها تعتبر من الأشياء المادية فهي بالتالي يمكن أن تكون معينة بالذات ويمكن أن تكون معينة بالنوع، فإن كانت معينة بالذات وكنا أمام عقد مقاولة فإننا نطبق عليها الأحكام العامة في عقد المقاول.

إن ملكية الشيء محل عقد المقاوله تظل للمقاول طالما أنه لم ينتهي من تصنيعه²، أما إذا تم الانتهاء من الاستصناع أو التجهيز فالفقهاء على خلاف حول موعد انتقال ملكية الشيء هل هو تاريخ الانتهاء من صنع الشيء محل عقد المقاوله أم هو تاريخ قبول رب العمل لهذا الشيء³، وفي عقود الإعداد نعتقد أن ملكية هذا الشيء تنتقل من تاريخ قبول رب العمل "المستخدم:" للجهاز فنحن قد رأينا كيفية ارتباط هذه العقود بما يسمى اختبارات القبول وحق المستخدم دائماً في رفض القبول لأسباب وجيهة وحق المتعهد

¹ (1). يمكن مراجعة فاروق الحفناوي/عقود الكمبيوتر ج2، مرجع سابق ص28، اتفاقية تنفيذ نظام معلوماتي متكامل وكذلك يمكن مراجعة د. حسن جمعي مرجع سابق ص 102 وما بعدها، وعقود الـ IBM مرجع سابق ص195.

² (2). راجع المواد 646-655 و656 و665 مدني مصري وهي تقابل المواد 780 و792 و793 مدني أردني والمواد 800 و812 و826 مدني فلسطيني.

³ (3). د/محمد ليبب شنب-مرجع سابق ص 40-51 و د. أحمد عبد العال أبو قرين- المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري عن مضمونها، وصورها وحدودها مع الضمان القانوني- دون ناشر-ط1- =القاهرة 2001 ص 52 وما بعدها، المستشار فتحة قرة، أحكام عقد المقاوله، منشأة المعارف الإسكندرية 1992 ص 136 وما بعدها، ود. السنهوري/الوسيط مرجع سابق، المجلد 7 ج 1 ص 16 وما بعدها.

في مثل هذه العقود بالحصول على وقت إضافي كما بينا سابقاً.

أما إذا كنا أمام عقد بيع للأجهزة وملحقاتها وكانت هذه الأجهزة سواء عبر نظام العقد المتكامل أم عبر عقود إعداد برامج حاسب إلكتروني قد تم الاتفاق في شق منها على بيع معدات بمواصفات كذا وفق بيان بالأنواع والصفات والحجم أو أن نكون أمام صفقة بيع للأجهزة فقط والمقصود هنا أن الشق الرئيسي للصفقة عبارة عن أجهزة كمبيوتر فقط والتي تشمل في الغالب برامج التشغيل الرئيسية operating systems [حيث تعتبر في التعامل التجاري وليس في الحكم القانوني] جزء من الجهاز⁽¹⁾، ففي هذه الحالة إذا كانت معينة بذاتها فنطبق عليها أحكام القانون المدني بالنسبة لنقل الملكية وبالنسبة لتسليم أيضاً هذا إذا لم يتفق أطراف العقد على مكان أو شيء آخر، فبالنسبة لنقل الملكية تنص المادة 240 من القانون المدني المصري على (1)- الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم..⁽²⁾ وبخصوص التسليم فتتنص المادة 347 من القانون المدني المصري على (1)-إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك..⁽³⁾

على أننا نلاحظ في قضية بيع الأجهزة أنها دائماً ما يرافقها اتفاقات أو ملاحق بخصوص مكان التسليم، وعادة ما يتفق الأطراف على أن نقل ملكيتها تكون عبر طرق معينة غير التي نص عليها القانون كما لو

¹ (1). توم فورستر "مجتمع التقنية العالمية" ترجمة د. محمد كامل عبد العزيز- مركز الكنب الأردني 1999 ص35.

² (2). تقابل المادة 199 مدني أردني و 261 مشروع مدني فلسطيني.

³ (1). تقابل المادة 336 مدني أردني والمادة 505 مشروع فلسطيني.

اتفقا على أن التسليم سيكون في مكان إعداد الأجهزة أو المصنع أو أن الملكية لا تنتقل إلا بعد إجراء اختبارات القبول وموافقة المستفيد، أو أن يشترط المبرمج أو المتعهد أن يكون نقل الملكية موقوفاً على استيفاء الثمن⁽¹⁾.

وقد أشار المشروع الفلسطيني إلى نقطة جوهرية يمكن تطبيقها على عقود الإعداد عندما نص في المادة 499 [إذا كانت طبيعة المبيع تتطلب تسليم وثائق ملكيته طبقاً للقانون أو العرف الجاري وجب على البائع تسليمها للمشتري]⁽²⁾، وأكد أن بيع أجهزة أو تصميمها دائماً ما يرافقه وثائق ومستندات بخصوص ملكيتها وتصنيعها وإمكاناتها ومواصفاتها.. الخ، فيجب تسليمها كذلك مع هذه الأجهزة وملحقاتها كتوابع لها اقتضى القانون نقل ملكيتها وتسليمها مع المبيع.

المطلب الثاني

الأموال المعينة بالنوع

يتعاقد المستخدم كما أسلفنا على أجهزة ومعدات لأغراض عمل البرامج التي هي صلب وجوهر تعاقدته الأصلي لتكون هذه الأجهزة والمعدات الحيز الذي ستعمل به البرامج التي تم التعاقد عليها، وسواء كانت طبيعة العقد هو نظام معلوماتي متكامل "مقولة أجهزة وبرامج، أم كانت برامج فقط وسيقوم المستخدم بشراء الأجهزة أو سيقوم منتج البرامج ببيع أجهزة تصلح لبرامجه للمستخدم"⁽³⁾. فإننا يمكن أن نكون أمام أموال معينة بالنوع (مثلثات) حيث يرى

¹ (2). راجع المادة 430 مدني مصري والمادة 487 مدني أردني و 496 مشروع فلسطيني.

² (3). أشار المشروع المصري إلى ذلك ولكن بصورة أكثر تعميماً في المادة 432 [تشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد دائماً لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة و قصد المتعاقدين] تقابل المادة 490 مدني أردني.

³ (1). كما يجري عليه العمل في عقود الـ IBM مثلاً.

الفقه⁽¹⁾ أن الأجهزة وحتى البرامج التطبيقية التي يوجد مثلها في الأسواق آلاف من النسخ والتي تحمل نفس المواصفات ونفس العلامة التجارية تعتبر من الأشياء المعينة بالنوع.

ومعنى ذلك بموجب القانون المدني المصري أن ملكية هذه المعدات لا تنتقل مع إبرام العقد بل لا بد من الإفراز بحيث لا يستطيع المستفيد "المشتري" أن يتصرف في هذه الأجهزة قبل إفرازها وهو ما جاءت به المادة 205 في فقرتها الأولى من نفس القانون (1-إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء)⁽²⁾. ولأن موضوعنا الأساس ليس الأجهزة وتوابعها بل البرامج فإننا سنكتفي في قضية الأجهزة والمعدات المعينة بالنوع إلى الإشارة إلى بعض النقاط المهمة التي تعترها وهي:

أولاً: بالنسبة لقضية الإفراز في الأجهزة وتطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني بخصوص انتقال ملكيتها فماذا يمنع أن تنتقل الملكية بمجرد تمام العقد بحيث يستطيع المستخدم التصرف بها بناءً على عقده السابق خصوصاً إذا كان تاجراً أو مورداً يحترف هذا المجال ويدعم هذا التوجه أنه وبموجب المادة 205/فقرة 2/مدني مصري أنه إذا امتنع المدين عن الإفراز مثلاً يستطيع الدائن الحصول على الشيء ذاته وعلى نفقة المدين وكذلك يستطيع الإفراز على نفقة المدين⁽³⁾.

ثانياً: إذا كانت هذه المعدات سيتم بناءها أو إعدادها في المستقبل فالقاعدة في هذا المجال أن العقد لا

¹ (2). د/حسن جميعي/مرجع سابق/ ص 7 و د/ نوري خاطر-مرجع سابق ص 124.

² (3). وكذلك جاءت في المادة 933 من القانون المدني المصري في هذا المعنى وهي تقابل المواد 1147 مدني أردني و 262 مشروع مدني فلسطيني.

³ (1). راجع المادة 262/2 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

ينعقد إذا كان الشيء محل العقد غير موجود أو محقق الوجود في المستقبل كما بينا عند حديثنا عن المحل وهذا يقود إلى تساؤل حول كيفية الإفراز ومتى تنتقل الملكية هل عند وجود هذه المعدات أم عند التوقيع على العقد فقد اتضح لنا سابقاً أن الفقهاء على خلاف في هذه النقطة بين تاريخ الانتهاء من صنع الشيء أم تاريخ قبول رب العمل لهذا الشيء⁽¹⁾. ولا نجد نص في القانون المدني المصري يحدد وقت انتقال الملكية في مثل هذه الحالات ولكن وفقاً للمادة 665 منه فإن محل المقولة إذا هلك بعد التسليم أو بعد أعذار رب العمل بوجوب تسليم المحل فإن الذي يتحمل تبعه الهلاك هو رب العمل ويفهم من ذلك أيضاً أنه قبل التسليم يكون المقاول هو المسؤول عن المواد وبالتالي سلامتها سواء هو من قام بتقديم هذه المواد أو كان رب العمل هو الذي قدمها⁽²⁾، وهذا يعزز قضية أن الإفراز غير ذي جدوى في مثل هذه العقود، ونرى الرجوع إلى اتفاق الأطراف فإن لم يكن فالرجوع إلى العرف وطبيعة وأصول المهنة والظروف المحيطة بالإعداد والتسليم خصوصاً وأن إعداد هذه العقود يتطلب في بعض الأحيان أوقات طويلة⁽³⁾.

ثالثاً : تنص المادة 430 مدني مصري أنه إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

وهذا النص ينطبق على عقود البيع كما يمكن أن ينطبق على عقود الاستصناع والمقاولات وخصوصاً

¹ (2). د/السنهوري-الوسيط-مرجع سابق/المجلد السابع ج 1 ص 91 وما بعدها د/محمد لبيب شنب-مرجع سابق ص 102 وما بعدها.

² (1). تقابل المادة 792 مدني أردني والمادة 812 مشروع مدني فلسطيني.

³ (2). تقابل المادة 487/1 مدني أردني و 496/1 مشروع مدني فلسطيني.

في عقود الأجهزة والتي يمكن أن يتم بيعها على التقيسيط فيمكن بالتالي للمورد أو المنتج "أيا كان الطرف المقابل للمستخدم ان يشترط أن التنازل عن ملكيتها لا يكون إلا مع وفاء القسط الأخير وهذا متاح له وفق القواعد العامة وهذا أيضاً ما هو معمول به في الواقع العملي وهذا أيضاً مما يدعم وجهة نظرنا في كون قضية الإفراز وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني بكونها طريقة انتقال ملكية المثليات ليست هي الطريقة المثلى في عقود الأجهزة والمعدات لخصوصيتها وكذلك لظروف صنعائها أو تواجدها في الأسواق أو لأسعارها المرتفعة في بعض الأحيان أو لكونها محل عقد مقاوله في أحيان أخرى أو لاقتران بيعها والتعامل عليها بوثائق رسمية في أحيان كثيرة.

وبالتالي نلاحظ أن جهاز الكمبيوتر أو الطابعة أو حتى الـ CD ما هي إلا وسائط مادية تعمل البرامج من خلالها أو يتم نقل البرامج عبرها، أو يعبر البرنامج عن الوظيفة أو الغرض الذي أعد من أجله بواسطتها وهي يمكن أن تكون محلاً لعقد البيع أو المقاوله⁽¹⁾ أو لأي عقد آخر وينطبق عليها النظام الخاص بانتقال الأموال المنقولة على عكس ما تحويه في ثنائياتها من إبداعات الفكر الإنساني الذي جاء على شكل أموال معنوية تسمى برامج الحاسب الآلي والتي كانت نتاج قريحة وإبداع الفكر الإنساني والتي تقع عليها التصرفات القانونية وفق نظام قانوني مختلف كلياً عن هذه الأوعية والوسائط المادية، وهو الذي سنبحثه في المبحث التالي.

¹ (1) . د/حسن جميعي- مرجع سابق ص 40 و د/عزة خليل مرجع سابق ص 45، ود/محمد حسين منصور مرجع سابق ص 30-36.

المبحث الثاني

حقوق الملكية الفكرية وانتقال الملكية

تعتبر برامج الحاسب الآلي نتاج الفكر الإنساني ولهذا فقد اتفق على أن يتم التعامل عليها بطرق قانونية مختلفة كما أسلفنا عن تلك الطرق التي تحكم التصرفات على الأشياء المادية، وفي هذا تنص المادة 86 من القانون المدني المصري على أن [الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة]¹.

وقد حسمت هذه القوانين الخاصة التي تحدث عنها المشرع في القانون المدني الخلاف الفقهي الذي كان دائراً حول ماهية الحقوق الواردة على برامج الحاسب الآلي وفي أي خانة يجب تصنيفها وذلك عبر نصه صراحة باعتبار الحق الوارد على برامج الحاسب من الحقوق العينية وذلك عبر اعتبار البرنامج من المصنفات الأدبية التي ترد عليها الملكية المعنوية⁽²⁾، وحقوق الملكية الفكرية أو المعنوية هو اصطلاح يطلق على مجموعة من الحقوق التي تكفلها القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية للمؤلفين والمخترعين وأصحاب الإبداعات الذهنية المختلفة توفر لهم حماية قانونية ضد اعتداءات الغير على إنتاجهم الفكري،

¹ (1). تقابل المادة 71 من القانون المدني الأردني [1- الحقوق المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي ويتبع في شأن حقوق المؤلف والمخترع والفنان والعلامات التجارية وسائر الحقوق المعنوية الأخرى أحكام القوانين الخاصة] ولم نجد لهما مقابل في المشروع الفلسطيني لذلك نحت المشروع على إدراج مادة في هذا المعنى في المشروع.

² (2). راجع المادة 2 من قانون حق المؤلف الأردني رقم 22/1992 والمعدل بالقانون رقم 29/1999 وأنظر كذلك المادة 140 و143 و144 من قانون حق المؤلف المصري رقم 82/2002 وأنظر المواد 10، 11، 12 من إتفاقية تربس. ويمكن مراجعة Amelia H. Boss , P.R , p 196 .

وتتضمن هذه الحقوق أموراً عدة أهمها نسبة الإنتاج الفكري إلى صاحبه وحقه في الاستفادة من هذا الإنتاج مادياً أو تجارياً⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن هذه البرامج يتم التعامل عليها بنفس الطرق التي تم تقريرها عبر التشريعات للتعامل على الملكيات الأدبية والفنية الأخرى، فيمكن أن يتم التعاقد على أساس القواعد القانونية المقررة بالنسبة لبراءات الاختراع أو حق المؤلف⁽²⁾ والعلامات التجارية أو الرسوم والنماذج الصناعية.. إلخ إلا أن نطاق ومدى وشروط هذا التعاقد يتداخل أو يختلف أحياناً وذلك تبعاً لعدة عوامل أهمها طبيعة البرامج وهل هو عمل مشترك أو عمل فردي أم عمل جماعي⁽³⁾. وثانيها اختلاف الأنظمة القانونية التي تحكم كل مسمى من مسميات الملكية المعنوية فقد تتفاوت فاعلية هذه الأنظمة في منح امتيازات للمخترع أو المؤلف وذلك تبعاً لمراحل إعداد البرنامج أو طريقة إعداده أو تسويقه أو إنتاجه أو تطويره مثلاً فقد يكون التعاقد عبر نصوص قانونية تخضع لنظام معين أفضل لأحد الطرفين في مرحلة من هذه المراحل وذلك على الرغم أن المشرع الوطني والدولي حسم الخلاف حول التصنيف القانوني لبرامج الحاسب وأخضعها للحماية بموجب قوانين حق المؤلف⁽⁴⁾ وهو بالتالي قد اعتبرها مؤلفات أدبية تحديداً تخضع في التصرفات التي ترد عليها لقوانين

¹ (1) . د/شحاته غريب شلقامي-مرجع سابق ص21، د. خالد مصطفى فهمي-مرجع سابق ص86 و د/محمد حسام لطفي والمرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية -مرجع سابق 45.

² (2) . د. فاروق الحفناوي- مرجع سابق، قانون البرمجيات- ص 63.

³ (3) . سنوضح لاحقاً ماهية الفرق بين كون البرنامج نتاج جهد فردي أو جماعي أو مشترك وذلك في المطلب الأول من هذا المبحث.

⁴ (1) . راجع المواد 140 من قانون حق المؤلف المصري والمادة 2 من قانون حق المؤلف الأردني والمادة 131 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي لعام 1992 والقرار التوجيهي الأوروبي رقم 250/91 والصادر في 14/5/1991 والمسمى بـ

حق المؤلف، فقد نصت المادة العاشرة من اتفاقية
تريس في فقرتها الأولى على اعتبار برامج الكمبيوتر
مصنفات أدبية LITERARY work سواء كانت
برامج مصدر أو برامج هدف للحماية بموجب قوانين
حقوق المؤلف (حقوق الطبع في الدول
الانجلوساكسونية)، وبذلك اعترفت 125 دولة قامت
بالتوقيع على هذه الاتفاقية بانسحاب أحكام قوانين
حق المؤلف على برامج الكمبيوتر⁽¹⁾.
ولمحاولة إيجاد حلول عملية وقانونية لقضية
التداخل والاختلاف في انطباق تصنيفات الملكية
الفكرية على البرامج سنبحث، وعبر المطللين التاليين
التنازل عن البرنامج في ضوء قوانين حق المؤلف
والتنازل عن حقوق الاختراع وكل ذلك طبعاً كآثر من
آثار عقود الإعداد وهو نقل الملكية.

المطلب الأول **التنازل عن البرنامج وفقاً لقوانين حق** **المؤلف**

من دراستنا لنصوص قانون حق المؤلف المصري
والأردني ولنصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية
والتوجيهات الأوروبية ولآراء الفقه⁽²⁾ وأحكام القضاء⁽³⁾

uncil directive (EC) No 91/250/of 14 May 1991 on the
legal protection of computer programs

¹(1) "prof - Eben Moglen - software as property the
theoretical paradox-Email-Moglen@columbia edu.3-4

=

ويمكن مراجعة د. سعد محمد سعد ورقة عمل بعنوان حماية برامج
الحاسب بتشريعات حقوق المؤلف مقدمة للمؤتمر العلمي الأول
للملكية الفكرية في جامعة اليرموك - الاردن . منشورات جامعة
اليرموك حول المؤتمر اغسطس 2000-ص 106 .
²(1) د. حسام لطفي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي- دار
الثقافة- القاهرة 1987 ص 153-209، د. عزة خليل - مرجع سابق ص
41-42، د. حسن جميعي - مرجع سابق 47-50.
³(2) .. يمكن مراجعة توجه المحاكم الانجليزية والأمريكية في اعتبار
أي إعتداء على برنامج حاسب يشكل إعتداء على حق المؤلف في

اتضح لنا أن برامج الحاسب الآلي ما هي إلا إحدى المبتكرات الذهنية التي تندرج تحت تشريع قانون حماية حق المؤلف.

أما حق المؤلف فيتمحور في ذلك الحق الذي يثبت لكل مؤلف على مصنفه الفكري الذي نتج عن فكره وذهنه سواء أكان مصنفًا علميًا أو أدبيًا أو فنيًا وأياً كانت وسيلة التعبير عنه بالكتابة أو النحت أو التصوير أو الرسم أو الصورة أو غير ذلك من الصور التي تعتبر عن نتاج الذهن أو الفكر⁽¹⁾.

أما بخصوص المؤلف نفسه فلم تجري عادة التشريعات على تعريفه رغم أن المشرع المصري في المادة رقم 138 الفقرة الثالثة من قانون رقم 82 لسنة 2002 بخصوص حماية حقوق الملكية الفكرية قد أوضح أن المقصود بالمؤلف الشخص الذي يبتكر المصنف ويكون نتيجة جهوده وإبداعه الذهني أياً كان نوع هذا المصنف وأياً كانت طريقة التعبير عنه.

وأغلب التشريعات تنص على ثبوت صفة المؤلف للشخص الذي نشر المصنف منسوباً إليه كأن يذكر اسمه على المصنف أو بأي طريقة أخرى⁽²⁾.

Computer law lssociation.v14n4 1999.p143 في أحكام للمحكمة العليا الأمريكية ترجمها د. فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات مرجع سابق ص 239-240 كذلك يمكن مراجعة د. برنارد أ. جالر - الملكية الفكرية وبرامج الحاسبات- مرجع سابق- ص 23-40، حيث أورد عشرين صفحة عن أحكام المحاكم العليا في الولايات المتحدة والتي تعتبر أن البرامج محمية بموجب قوانين حقوق الطبع (المؤلف).

¹ (1) . . شحاته غريب شلقامي- مرجع سابق ص 23.

² (2) محمد حسام لطفي - المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية- مرجع سابق ص 24-28 ويمكن مراجعة المادة 4/ من قانون حق المؤلف الاردني، بخصوص حق المؤلف والتي نصت على أن المؤلف هو الشخص الذي ينشر المصنف منسوباً إليه سواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأي طريقة أخرى، إلا إذا قام الدليل على غير ذلك ويسري الحكم على الاسم المستعار بشرط أن لا يكون هناك شك في شخصية المؤلف الحقيقية، ويمكن مراجعة المادة 112 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي.

وقد عرف بعض الفقه المؤلف بأنه كل ما ينتج إنتاجاً ذهنياً أو خلقاً فكرياً أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه مادام هذا الإنتاج ينطوي على قدر معين من الابتكار⁽¹⁾.

أما بالنسبة لبرامج الحاسب الآلي فلم يضع الفقهاء تعريفاً خاصاً لمؤلفها وذلك على اعتبار أنه لا يخرج عن مفهوم المؤلف بالنسبة للمصنفات الأخرى⁽²⁾. لذلك فإنه يمكن أن يكون مؤلفاً أو مصنفاً جماعياً أو مشتركاً أو منفرد أسوة بالأعمال الفنية والأدبية الأخرى في هذا المجال بحيث يمكن أن يتم إعداد البرنامج عبر هذه الصور والتي سنبحثها لتتعرف من خلالها على من يملك حقوقها ومن بالتالي يملك التنازل عنها.

وقبل الحديث عن هذه الصور ولضمان معرفة أدق التفاصيل في قضية الملكية والتنازل لا بد أن نتعرف على مضمون حق المؤلف فالمادة 143 من القانون المصري رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية الملكية الفكرية تنص على [يتمتع المؤلف وخلفه العام على المصنف بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل عنها وتشمل هذه الحقوق ما يلي: أولاً:- الحق في إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة. ثانياً الحق في نسبة المصنف إلى مؤلفه . ثالثاً الحق في منع تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له..⁽³⁾]

¹ (3) . د. حسن كيره-المدخل إلى القانون-منشأة المعارف/الاسكندرية 2000 ص483 ود. محمد حسين منصور-نظرية الحق-دار الجامعة الجديدة-الاسكندرية-2004 ص 250.

² (1). عرفه الدكتور خالد مصطفى فهمي بأنه (كل ما انتج أو ابتكر برنامج للحاسب الآلي وعبر عنه في شكل دعامه أياً ما كان نوعها اذا انطوى هذا البرنامج على فكر القائم عليه ود.خالد مصطفى فهمي - الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي - مرجع سابق ص 46

³ (2) . تقابل المادة 5 من التوجيه الأوروبي رقم 13/91 والمادة 121 من القانون الفرنسي بخصوص الملكية الفكرية-و أكدت إتفاقية ترينس في المادة 10 على نفس هذه الحقوق.

وتنص المادة 149 من نفس القانون أن للمؤلف أن ينقل إلى الغير كل أو بعض حقوقه المالية المبينة في هذا القانون... (ويكون المؤلف مالكا لكل ما لم يتنازل عنه صراحة من حقوق مالية...) (1).

وهذه المواد والتي وردت في أغلب تشريعات حقوق المؤلف الدولية والوطنية تشير إلى أن حق المؤلف يتقسم إلى نوعين من الحقوق وهما:

أولاً: الحقوق الأدبية لمؤلف البرنامج.. وتعتبر بحكم القانون من الحقوق اللصيقة بشخصه والتي تتصل بالجانب الذهني به فهي وشخصية صاحبها صنوان لا ينفصلان ولا يجوز التنازل عنها ولا التصرف فيها (2).

وبتطبيق ذلك على مؤلف البرنامج، نجد أن حقه الأدبي بموجب القوانين ذات الشأن والمادة السابقة يشمل الحق في إتاحة البرنامج للجمهور لأول مرة والحق في نسبة البرنامج إليه وحقه في تعديل أو تحويل البرنامج وحقه في سحب البرنامج من الأسواق إذا طرأت أسباب تدعو إلى ذلك وبإذن المحكمة وحقه بشكل عام في احترام الغير لهذا البرنامج (3).

وتتميز هذه الحقوق الأدبية في ضوء هذه النصوص بعدم قابليتها للحجز عليها وبعدم جواز التنازل عنها وبكونها حقوق أبدية لا تنقضي بمرور الزمن وأخيراً بكونها حقوق تقديرية ينفرد المؤلف بمباشرتها بحريته التامة (4).

¹ (1). في نفس المعنى المادة التاسعة من قانون حق المؤلف الأردني.
² (2). د. شحادة غريب شلقامي/ الحق الأدبي لمؤلف برامج الحاسب الآلي- دار النهضة العربية/ القاهرة- 2004 ص 35 وما بعدها ود. خالد فهمي- مرجع سابق ص 110 ود. أسامة أحمد بدر - مرجع سابق ص 18.
³ (3). تنص المادة 144 لملكية فكرية مصري، [للمؤلف وحده إذا طرأت أسباب جدية أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه من التداول أو بسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم من تصرفه في حقوق الاستغلال المالي ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعرض من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً...]

ثانياً: الحق المالي لمؤلف البرنامج: وعطفاً على النصوص السابقة فإن للمؤلف الحق في استغلال مصنّفه استغلالاً مالياً بموجب حق استثنائي يخوله سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف وذلك بنص المادة 147 من القانون المصري بخصوص الملكية الفكرية والقوانين المقارنة ذات الشأن، فله وحده استغلاله تجارياً وله إعادة إنتاجه أو عمل نسخ منه، وله أن ينقل إلى الغير حقوقه المالية كلها أو بعضاً منها⁽¹⁾ وله أن يتنازل عن الاستغلال للغير مقابل مبلغ نقدي معين أو نسبة من الأرباح أو مقابل مبلغ جزافي⁽²⁾، ولكن يشترط لانعقاد هذا التصرف أن يكون مكتوباً وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة كونه محلاً للتصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه... الخ⁽³⁾ وعلى ذلك فالحقوق المالية وبعبكس الحقوق الأدبية تتميز بجواز التصرف فيها للغير وبقابليتها للحجز عليها⁽⁴⁾ وكذلك تتميز بخضوعها لتقدير المؤلف للجعل المالي مع إعطاء دور للقضاء في هذا التقدير فيما لو تبين أن الاتفاق محجف بحق المؤلف⁽⁵⁾ وأخيراً يتميز الحق المالي لمؤلف البرامج بأنه حقاً مؤقتاً أي بانقضاء المدة التي يقررها القانون له ترفع عنه

⁴ (1) . د. محمد حسام لطفي- المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية ج2، مرجع سابق ص 43-45، د. مدحت عبد العال- مدى خضوع برامج الحاسب الآلي للحماية المقررة للمصنفات الأدبية في ظل قانون حماية حق المؤلف- دار النهضة العربية/ القاهرة 2002 ص 82، و د. شحادة غريب شلقامي/برامج الحاسب والقانون- مرجع سابق ص 30-34

¹ (2). المادة 149 من القانون رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية الملكية الفكرية المصري.

² (3). المادة 150 من القانون المشار اليه في الهامش السابق (1). المادة 149 من نفس القانون المشار اليه .

⁴ (2) المادة 154 من القانون رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية الملكية الفكرية المصري [يجوز الحجز على الحقوق المالية للمؤلفين...].

⁵ (3). المادة 151 من نفس القانون

الحماية وذلك على عكس الحق الأدبي الذي لا يسقط بالمدة⁽¹⁾.

وعودة على ذي بدء لنبحث في الصور التي يمكن أن يتنازل بها المؤلف عن الحقوق المالية الخاصة بالبرنامج الذي قام بابتكاره وأفرغه في وعاء أو وسيط مادي ليكون معداً للنشر⁽²⁾، بعد أن توصلنا إلى أن حقوق المؤلف الأدبية على البرنامج الذي قام بابتكاره هي حقوق لصيقة بشخصه لا يمكن التنازل عنها ولا التصرف بها لأي كان.

الصورة الأولى:

وهي أبسط صورة واقلها استعمالاً في المجال العملي وهي حالة قيام شخص أو فرد بابتكار وإعداد البرامج وبالتالي يعتبر المهيمن على كافة الحقوق الخاصة به، فهو قد قام بإبداع البرنامج دون مشاركة أحد فقدم الفكرة التي نبع عنها البرنامج ثم وضعها في قالب محسوس ثم أخرجها إلى حيز الوجود وهو

¹(4). المادة 160-161 من نفس القانون.

²(5). هناك شروط وجدة ومتطلبات معينة تفرضها التشريعات والنظم القانونية لتفرض الحماية بموجب حق المؤلف منها ما يتعلق بالعمل نفسه كأن ينطوي على إبتكار فكري ناتج عن إضافة وتميز وجدة وأن يكون للمصنف أو العمل كيان مادي تجسد فيه ويطلق الغرب على هذا الشرط التثبيت أو الثبوت "Fixation" وهو لضمان ثبات واستمرار المصنف ولاتاحة الفرصة للمجتمع للاستفادة منه ومنها شروط تتعلق بشخص المؤلف نفسه كأن يكون هناك مؤلف أو خلف عام لتستطيع هذه التشريعات حمايتهم ولمزيد من التفاصيل يمكن مراجعة د. نزيه الصادق المهدي- الحماية المدنية لبرامج الكمبيوتر في القوانين الوضعية، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت -الامارات- 2000 ص 24. د. خالد حمدي عبد الرحمن- مرجع سابق ص 135، د. محمد لطفي المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفكرية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء- الكتاب الثالث- القاهرة 1999 ص 25، ود. شحادة غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون -مرجع سابق ص 60-80 ود. فاروق الحفناوي قانون البرمجيات - مرجع سابق ص 131.

ما يسمى عند الفقهاء بالمؤلف المنفرد⁽¹⁾ وتطبيق ذلك على برامج الحاسب الآلي نلاحظ أن هذه الصورة صعبة التحقق في الحياة العملية فالبرامج تحتاج إلى معدات وأجهزة وتسويق وإعداد.. إلخ، مما هي فوق طاقة الشخص الوحيد وقد أثير في الفقه جدلاً حول هل يكتسب الشخص المعنوي حقوق المؤلف أم تبقى للشخص الطبيعي فقط، والإجابة على ذلك تكمن في المادة 53 من القانون المدني المصري والتي منحت الشخص المعنوي جميع الحقوق التي تكمن للشخص الطبيعي إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعي⁽²⁾ ومن ثم فإن الشخص الاعتباري لا يمكنه أن يتمتع بالحقوق الأدبية كحق الأبوة ونسبه المصنف إليه، وقد أكد المشرع المصري على ذلك بالمادة 138 من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري عندما قال بما معناه أن المؤلف هو الشخص الذي ابتكر العمل وفي حالة الشك في معرفة المؤلف الحقيقي للمصنف يمكن اعتبار الشخص الطبيعي أو المعنوي ممثلاً للمؤلف في ممارسة حقوقه.. إلخ، وبذلك فهو لم يعتبر الشخص المعنوي مؤلفاً ولكن اعتبره ممثلاً للمؤلف⁽³⁾ وتحت كل الظروف فإننا لن نولي هذه الصورة الكثير من الأهمية لكون الحق الأدبي أصلاً لا يمكن التنازل عنه أو التصرف به وبالتالي فإن ما يعنينا هنا هو أن معد البرنامج أو مبتكره يمكن له أن يتنازل عن حقوق

¹ (1) د. شحاته غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون- مرجع سابق ص 28 ود. نواف كنعان - حق المؤلف- دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- 1992 ص 263، د. خالد مصطفى فهمي- مرجع سابق ص 48-49.

² (1). تقابل المادة 51 مدني أردني والمادة 65 مشروع مدني فلسطيني.

³ (2). د. خالد مصطفى فهمي- المسؤولية المدنية للصحفي عن أعماله الصحفية- دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية 2004، ص 119، لنفس المؤلف الحماية القانونية لبرامج الحاسب -مرجع سابق ص 49..

استغلاله المحلي أو أن يمنع الحق في توظيفه على شكل برامج تفهمها الآلة والأجهزة تسويتها إلى أي جهة كانت أشخاص أو شركات وهو بذلك يمارس الصلاحيات التي يمنحها إياها القانون وطبعاً وفق الشرائط القانونية الشكلية للتصرف.

الصورة الثانية:

وهي برامج الكمبيوتر التي يشترك في وضعها عدة أشخاص "جماعة" وذلك بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي يأخذ مقاولات إعداد للبرامج وكذلك يقوم بنشر هذه البرامج وتسويقها تحت إدارته واسمه، وهذه البرامج التي يساهم في إعدادها وتأليفها أكثر من شخص بحيث تندمج كافة إسهاماتهم وجهودهم بحيث يستحيل معها تمييز عمل كل منهما عن الآخر⁽¹⁾ وهذه الصورة نفس ما تحدثت عنه المادة 138 من قانون حماية حق الملكية المصري.

ويعتبر وفق القانون المصري والأردني لحقوق المؤلف الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ابتكار هذا البرنامج ونظمه مؤلفاً له ويكون له مباشرة حقوق المؤلف⁽²⁾.

¹ (1) . د. محمد حسام لطفي- المرجع العلمي في الملكية الأدبية- الكتاب الثاني- مرجع سابق ص 28، د. فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات- مرجع سابق ص 133، ود. محمد سامي عبد الصادق- حقوق مؤلفي المصنفات المشتركة- رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة- 2000 ص 83.

² (2) . تنص المادة 175 من القانون رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية الملكية الفكرية المصري على [يكون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه الى ابتكار المصنف الجماعي التمتع وحده بمباشرة حقوق المؤلف عليه وهي تطابق المادة 35 من قانون حق المؤلف الأردني وهذا على خلاف ما فعل المشرع الفرنسي في القانون رقم 361 لسنة 1994 بخصوص الملكية الفكرية حيث أدخل تعديلات بموجب المادة الثانية من هذا القانون على برامج الحاسب التي يتم إعدادها وإبداعها من قبل مجموعة من العاملين أثناء تادية عملهم أو بسببه، حيث أعطت هذه المادة لرب العمل أو من قام العمل بتوجيه منه أو إشراف منه الحق فقط بالاستغلال المالي لبرامج الحاسب الآلي وليست كافية إلى المالية والأدبية كما كانت عليه المادة 145 من قانون حماية الملكية الفرنسي الصادر في 3/7/1985، ونحن نحث ونحث أن يقتدي المشرع المصري والأردني بتوجه المشروع الفرنسي في هذا الشأن ويقوموا بتعديل هذه المواد بحيث يصبح لهذا الشخص المعنوي فقط التمتع بالحقوق المالية.

في القانون الفرنسي يمكن مراجعة:

وفي هذه الحالة فإن الصورة الأكثر شيوعاً في استغلال هذا الشخص المعنوي للبرنامج تكون عن طريق السماح للمستخدم أو المستفيد من البرنامج باستعمال هذا البرنامج وفق الغرض المتفق عليه فيما بينهما من غير أن تنتقل للمستخدم أية حقوق من حقوق المؤلف وهنا يظهر الاختلاف فيما بين التصرف في برنامج الحاسب وحقوق المستخدم أو المستفيد وبين الصورة الرئيسية للتصرف في أغلب المصنفات التقليدية، فالتصرف في برنامج الحاسب يكون عن طريق الترخيص بالاستعمال التي ينظمها القانون أو عقد الترخيص وهي دائماً أقل من الحقوق المتعارف عليها في المصنفات الأخرى لحظر البيع أو التأجير أو الإعارة⁽¹⁾.

ونلاحظ دائماً أن لا تنازل عن الملكية بمفهومها الواسع وفقط يكون التنازل عن حق الاستعمال أو عن الحقوق المالية فيما لو باع المؤلف سواء كان (شخصاً معنوياً) أو طبيعياً حقوقه المالية على مؤلفه.

الصورة الثالثة:

وهي حالة دائماً ما تترافق مع برامج معقدة تستخدم في إدارة المؤسسات الكبيرة والمطارات

Van(B)et laer (D): la loi du 10mai 1994 sur la-protction des logiciels BILAU- et- perspectives:gp26.oct.1995.p1183

أو ترجمة لهذه النصوص للدكتور خالد مصطفى فهمي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي- مرجع سابق ص56، وفي الموضوع نفسه د. شحاته غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون- مرجع سابق ص82 و96-109، ود. خالد عبدالرحمن -مرجع سابق ص256 و264 و415، وليرى جانب من الفقه أن الشخص المعنوي لم يقدم أي مجهود ذهني ثم لا يجوز منحه حق المؤلف لمجرد ملكيته للمقدرة المادية على تكليف الغير بالقيام. بالعمل لحسابه إستاذنا د. أحمد شرف الدين- مقدمة للقانون المدني- نظرية الحق 1987- القاهرة ص319.

¹ (1). تسمح بعض الشركات للمرخص لهم بإعادة بيع البرامج التي سبق أن رخصت لهم بشروط معينة منها إلزام المشتري بكافة شروط الترخيص وعدم إلقاء البائع على أية نسخ أو وثائق تتعلق بالبرنامج، د. فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات- مرجع سابق ص30.

والبنوك وشركات الاتصالات بحيث تكون البرامج من التعقيد بمكان لا تستطيع شركة أو شخص لوحدها أو لوحده إعدادها فيشترك في الإعداد عدة أشخاص، فإن كنا أمام وضع لا يمكن فصل كل عمل عن الآخر بدون أن يضر ذلك بالبرنامج⁽¹⁾ فنكون أمام ملكية مشتركة للبرنامج يحكمها اتفاق أطرافها على كيفية استغلاله فإن لم يوجد اتفاق فإن القانون يمنح كل منهم نفس الحقوق ويمنع أيًا كان منفرداً من التصرف بالجزء الخاص به.²

ونلاحظ أنه بالنسبة لبرامج الكمبيوتر لا يمكن فصل مساهمة كل مؤلف أو مبرمج لأن البرنامج ليس أغنية مثلاً يمكن فصل الموسيقى عن الكلمات عن صوت المغني ولكنه بناء هرمي ذات تقنية عالية مبرمجة بخطوات مبنية الواحدة على الأخرى، لذلك حدد المشرع في مصر والأردن معالجة مثل هذه القضية بالنسبة لبرامج الحاسب فقط في حال عدم اتفاق الأطراف على طيفية الاستغلال الأنسب لبرنامجهم أو تمنعهم من محاولة الاستغلال منفصلين.

وفي نهاية هذا المطلب نلاحظ أن صور التنازل عن برنامج الحاسب الآلي يمكن أن تكون بالتنازل عن حقوق الاستغلال كاملة وهنا لابد من تطبيق الأحكام الخاصة بالتصرف بالحقوق المالية للمؤلف ولا بد من إعطاء المستخدم أو المتصرف له إذا كانت شركة برنامج المصدر نفسه لتتمكن من استغلاله وإنتاج وتطوير برامج ونسخ من خلاله أو منح المستخدم فقط حق استعمال البرنامج وفق الغرض الذي أعد من أجله هذا البرنامج وهي الطريقة الأكثر شيوعاً في الحياة العملية.

¹ (2) . د. محمد سامي عبد الصادق- مرجع سابق ص 422، د. شحاته شلقامي- برامج الحاسب- مرجع سابق ص 146.

² (3) . المادة 138 و 174/2 من قانون حماية الملكية المصري والمادة 35 من قانون حق المؤلف الأردني.

وتحت كل الظروف يجب أن يراعى الشكل في التصرفات الواردة على الحقوق المالية للمؤلف وهي الشروط القانونية كأن يكون التنازل مكتوباً وصريحاً ومحددًا بالمدة وبالمقابل⁽¹⁾ وتحديد الغرض من هذا التنازل أو من هذا الترخيص بالاستعمال فالتنازل لا ينقل إلى المستخدم أو المستفيد أو حتى الذي سيقوم باستغلال البرنامج لا ينقل له حق ملكية بل حق استغلال ذو طبيعة خاصة تحميها قوانين حق المؤلف مع بقاء الملكية الأدبية للمؤلف أي المبدع "المبرمج" ولا يمكن ولا يجوز التنازل عنها وعلى ذلك فلا التزام بنقل ملكية بالمعنى التقليدي كأثر من آثار عقد إعداد برامج الحاسب الآلي، فالعلاقة التي تربط مصمم البرنامج (مبتكره) بالمستخدم تتشابه إلى حد بعيد مع الفنان الذي يقوم بتصميم لوحة فنية وتنفيذها لحساب أحد العملاء فهو لا يتنازل عن العمل الفني ومثله مبتكر أو مصمم البرنامج وعندما يقوم بنقل هذا العمل إلى المستخدم أو المستفيد فهو لا يتنازل عن حمايته بموجب القوانين وهذا ما استقر عليه معظم الفقه والقضاء عندما اعتبروا عقد الإعداد من عقود المقاولة وبالتالي رفضوا اعتبار التعاقد من قبيل التنازل عن العمل للمستفيد أو للمستخدم⁽²⁾.

وطبعاً دائماً وأبداً فإن ما يتم التعامل عليه هو برنامج الهدف أي ما يتم التعاقد عليه هو النظام أو البرنامج الذي سيحاكي الآلة وليس تلك المعادلات الرياضية والخوارزميات التي كانت أساساً لكتابة

¹ (1). يلاحظ أنه حتى لو تنازل المؤلف عن الحقوق المالية فله حق تتبع مصنفه ومشاركة المتنازل له "ناشر أو منتج) في الأرباح إذا كانت غير متوقعة، المادة 150 ملكية فكرية مصري و28 و29 حق مؤلف أردني.
² (1). د. حسن جميعي- مرجع سابق ص86-95، د. ميرفت عبد العال- عقد المشورة في مجال نظم المعلومات-رسالة دكتوراة- جامعة عين شمس- 1997 ص113، د. حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق-ص163.

برنامج الهدف بلغة الآلة أي ليس برنامج المصدر فهذا التنازل عنه ليس عملياً ويقع نادراً ونظير مبالغ طائلة لا تقدر عليها سوى دول أو مؤسسات اقتصادية قوية مثل الدول

المطلب الثاني

التنازل عن حقوق الاختراع

إن مصطلح الترخيص بالاستعمال الذي أصبح عقد تمكين العملاء من استعمال برنامج الحاسب يكون تحت مسماه هو مصطلح مستقى من النظام القانوني لبراءة الاختراع مما يحمل على التصور أن عقود استخدام أو استعمال برامج الحاسب الآلي تخضع لذات النظام القانوني الذي تخضع له براءات الاختراع⁽¹⁾.

وفي بداية الأمر ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار البرامج من قبيل المبتكرات التي يتمتع صاحبها بحق ملكية الاختراع⁽²⁾ وبالتالي إذا ما توفرت شروط منح البراءة في البرنامج فإن العقود الواردة عليه وبوصفه محلاً لحق استثنائي تسمح بنقل السلطات التي يخولها لصاحبه كلها أو بعضها من خلال عقود البيع أو عقود الترخيص بالاستعمال وعليه نطبق أحكام عقد البيع الواردة في القانون المدني بالإضافة إلى تطبيق الأحكام الخاصة بالتنازل عن براءات الاختراع أو نطبق عليه أحكام عقد الإيجار في القانون المدني فيما لو أراد المخترع أو صاحب البرنامج عدم التنازل وفقط منح المستفيد الحق في الاستعمال⁽³⁾.

¹ (2) . د. حسن جميعي-مرجع سابق- ص 65.

² (3) . د. خالد حمدي عبد الرحمن -مرجع سابق ص 171 ود. سعد محمد سعد- ورقة عمل مرجع سابق ص 3-4، ود. سميحة القليوبي، الملكية الصناعية- الطبعة الثانية- دار النهضة العربية- القاهرة 1996 ص 5 وما بعدها، د. عزة خليل -مرجع سابق ص 41-44.

³ (1) . د. حسن جميعي-مرجع سابق- ص 46.

إلا أن المشرع الوطني والدولي وكذلك الفقه والقضاء قد استبعدا صراحة تطبيق النظام القانوني الخاص ببراءة الاختراع في مجال برامج الحاسب الآلي وذلك لأسباب عدة أبرزها.

أولاً: إن عقد الترخيص في مجال براءات الاختراع يفرض التزاماً باستغلال البراءة محل الترخيص بينما هذا شيء مستبعد ومرفوض في مجال برامج الحاسب الآلي من خلال عقد الترخيص باستعمالها.

ثانياً: عدم إمكانية إعمال وتطبيق شرط الجودة على برامج الحاسب الآلي كما تفرضه تشريعات براءة الاختراع⁽¹⁾، وذلك للتطور الهائل في مجال البرامج والتي تجعل من معرفة الجديد فيها أمراً صعباً من الناحية العملية ويصعب التفرقة كذلك فما بالك إذا علمنا أن مكاتب البراءات تستغرق في الغالب وقتاً طويلاً في عمليات الفحص والبحث عن مدى توافر عنصر الجودة⁽²⁾، كما أن عملية إعداد البرامج يمكن أن تمر بمراحل كثيرة ومختلفة ففي أي مرحلة يمكن أن يتوافر عنصر الجودة.

ثالثاً: قابلية البرنامج للتطبيق الصناعي، ويرى أغلب الفقه في هذا الشرط أن الاختراع يجب أن يتمتع بالطابع الصناعي⁽³⁾، وهذا يعني أن يكون للاختراع نتيجة ملموسة في كافة مجالات الفن الصناعي والزراعي أيضاً تطبيقاً للمادة 57 من اتفاقية ميونخ

¹ (2). تنص المادة الأولى من الكتاب الأول للقانون المصري رقم 82/2002 [تمنح براءات اختراع طبقاً لأحكام هذا القانون عن كل اختراع قابل للتطبيق الصناعي، يكون جديداً و يمثل خطوة إبداعية..].

² (2). د. شحاته غريب شلقامي- برامج الحاسب والقانون- مرجع سابق ص 6، ود. محمد حسام لطفي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب- مرجع سابق ص 74.

³ (1). راجع في هذا د. شحادة غريب- برامج الحاسب والقانون- مرجع سابق ص 7 وكذلك يمكن مراجعة د. حسن جميعي مرجع سابق ص 45-47، ويمكن مراجعة المادة الأولى من القانون المصري رقم 82 لسنة 2002 ونص المادة 57 من اتفاقية ميونخ لعام 1973 حول براءة الاختراع.

لعام 1973 بخصوص براءة الاختراع⁽¹⁾. لذلك يرى أغلب الفقه أن برامج الحاسب ليس لها في أغلب الأحيان نتيجة صناعية لكونها ابتكار ذهني مجرد وهذه النقطة تحديداً كانت في بعض الأحيان سبب لمنح البرنامج براءة اختراع في ما لووضع في بوتقة صناعية كما سنرى في هذا المطلب.

رابعاً: الابتكار وبرامج الحاسب الآلي: يرى الفقه أن الابتكار يجب أن ينصب على أشياء ملموسة حتى تتم حمايته من خلال النظام القانوني المقرر لبراءات الاختراع⁽²⁾، والمقصود بالابتكار حسب المادة الأولى من القانون المصري الخاص بحماية الملكية الفكرية هو أن يكون هذا الاختراع مجاوزاً للحدود الطبيعية للمعلومات الجارية لرجل الصناعة المتخصص⁽³⁾، فالابتكار لابد أن يكون مقروناً بالتطبيق الصناعي، كأن يكون إنتاج صناعي جديد أو طريقة صناعية جديدة أو حتى تطبيق جديد لوسائل أو طرق صناعية معروفة⁽⁴⁾، وبالتالي فلا يمكن اعتبار برامج الحاسب من قبيل الأشياء المادية التي تجسدت في ابتكار اقترن بالصناعة إلا في حالات نادرة.

¹(2) European patent convention (E.P.c) أصبحت نافذة بين الدول الأوروبية في 1/7/1978 ولمزيد من التفاصيل راجع Bainbridge,david "Introduction to computer law" 2nd.ed, pitman publishing 1993 p.57 London

²(3). فاروق الحفناوي- قانون البرمجيات- مرجع سابق ص190.

³(1). د. شحاته غريب شلقامي/برامج الحاسب الآلي والقانون-مرجع سابق ص10-11، د. محمد حسام لطفي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب- مرجع سابق ص49، ود. حسن جميعي- مرجع سابق ص46، ود. خالد حمدي عبد الرحمن- مرجع سابق ص150 وما بعدها.

⁴(2). يورد الفقه مثلاً مكرراً في مثل هذه الحالة وهي حالة استخدام الكهرباء في تسير السكة الحديدية بدلاً من الفحم د. جلال احمد خليل عوض الله - النظام القانوني لحماية الاختراعات ونقل التكنولوجيا الى الدول النامية -رسالة دكتوراه -كلية الحقوق - جامعة القاهرة - 1979 ص 71 ود. صلاح زين الدين الاسمر - الملكية الصناعية التجارية دار الثقافة للنشر -عمان-2000 ص 34.

خامساً: النص التشريعي الوطني والدولي

لقد حسم المشرع الموقف بعدم اعتبار برامج الحاسب الآلي من قبيل براءات الاختراع وذلك بالنص صراحة على استبعادها من نظام براءات الاختراع⁽¹⁾ أو بالنص صراحة كذلك على شمولها لحق المؤلف واعتبارها من قبيل الانتاج الذهني التي يخضع لقوانين حقوق المؤلف وحقوق النشر⁽²⁾.

ولكن وبالرغم من الأسباب التي ساقها الفقه بعدم صلاحية برامج الحاسب للخضوع للنظام القانوني لبراءة الاختراع وبالرغم من نص المشرع صراحة في النهاية على ذلك إلا أن هناك اتجاهًا عالميًا فقهيًا وقضائيًا وحديثًا في الآونة الأخيرة يميل نحو القبول بفكرة التوسع في أعمال نصوص النظام القانوني لبراءة الاختراع وتطبيقها على بعض برامج الكمبيوتر وحجتهم في ذلك هي:

اعتماد التكنولوجيا الحديثة على برامج الكمبيوتر بشكل كبير واعتماد المخترعات الحديثة على هذه البرامج حتى لو لم تكن هي موضوع الاختراع وقد كان هذا الاتجاه موضع ترحيب من مكاتب براءات الاختراع والمحاكم في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية.⁽³⁾

¹ (3). تنص المادة 2 من القانون رقم 82 لسنة 2002 المصري بخصوص براءة الاختراع [لا تمنح براءة الاختراع لما يلي... 2-الاكتشافات والنظريات العلمية والطرق الرياضية والبرامج والمخططات] وهي تقابل =المادة 4/ب من قانون براءة الاختراع الأردني رقم 32/1999 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4389 في 1/11/1999.

² (1). المادة 10 من إتفاقية ترنس السابق الإشارة إليها والمادة 140/2/3 ملكية فكرية مصري، والمادة 2/ قانون حق المؤلف الأردني، المادة 131 ملكية فكرية فرنسي، والمادة 102 من القرار التوجيهي الأوروبي رقم 250/91 والسابق الإشارة إليهم جميعاً.

³(2) Htenry carr and Richard Arnold "computer software and legal protection in the united kingdom"

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا التوجه بقولها [إن برامج الحاسب الآلي بحد ذاتها لا يمكن أخذ براءة اختراع عنها ولكن لا يعني ذلك استبعاد أخذ براءة اختراع عن الوسيلة التي ترتبط بها البرنامج إذا تعلق بوسائل صناعية مستحدثة فإذا كانت برامج الحاسب تمثل وسائل صناعية مستحدثة فإنه من الممكن أخذ براءة اختراع عنها⁽¹⁾].

وهذا التوجه قد ربطه الفقه والقضاء بحالات وشروط معينة نعمل أهمها على النحو التالي:
أولاً: أن يستخدم البرنامج في تطبيق صناعي مضيف إليه تقنية واضحة .

فقد جاء في توجيهات مكتب البراءات الأوروبي (European patent office (E.P.O للفاحصين الذين يقومون بفحص طلبات الحصول على براءات اختراع أن يركزوا وينظروا إذا كان الطلب ينطوي على مساهمة حقيقية ذي طبيعة تقنية technical character تشكيل إضافة حقيقية الى فن معروف قبل منح البراءة⁽²⁾، وقد طبق المكتب الفني الاستئنافي technical board of appeal التابع لمكتب البراءات الأوروبي هذا المبدأ فيما عرف بقضية Vicom لعام 1996 حيث تم طلب براءة الاختراع لجهاز يعمل على تحسين وتسريع عملية معالجة الصور رقمياً digital image processing وتم رفض الطلب من قبل الفاحصون

3rd, ed-London sweet&Maxwell.1998.p127

¹(1) Cass com,28 mai 1975, bull.des aures de courde cassation.4partie 1975,2,142.p118 ets

حكم اشار إليه د/شحاته شلقامي/برامج الحاسب والقانون -مرجع سابق ص9.

²(2) information technology law group/Europe
"European computer law" N.Y. transnational
pullishers.INC, 1996 p>130.

بدعوى تعلقه ببرنامج كمبيوتر ذو منهج رياضي حيث جاء الرفض بالنص التالي:

Un patentable computer program and mathematical method

وحين رفعت القضية إلى المكتب الاستئنافي قام بإلغاء قرار الفاحصين ورأى أن الاختراع ليس مجرد منهج رياضي أو برنامج وإنما هو عملية تقنية Technical process وإن تحكم برنامج الكمبيوتر بهذه العملية لا يجعله مستبعد من ضمن الاختراعات المستبعدة بالنص، بل إنه جدير بالقبول لأنه هو الذي يحدد تتابع الخطوات في هذه العملية وأضاف المكتب لا يمكن اعتبار برنامج الكمبيوتر من الأمور المستبعدة إذا كان يتحكم أو يقوم بعمليات تقنية⁽¹⁾.

ثانياً: أن يكون برنامج الكمبيوتر محل براءة الاختراع جزء من الاختراعات المتعلقة بـ العمليات Process أو الآلات machines أو السلع أو المواد المصنوعة manufactures أو الاختراعات المركبة

composition of Mattel's التي تتضمن جميع لفنون معروفة سلفاً يكون منها اختراع جديد⁽²⁾، وقد أصدر المكتب الفني الاستئنافي الأوروبي بخصوص براءات الاختراع قراراً بنقض قرار الفاحصين بعدم منح براءة اختراع عن برنامج كمبيوتر يحسن أداء جهاز أشعة X فيما عرف بقضية Koch and sterzel في عام 1988 حيث كان الفاحصون قد قرروا أنه يجب النظر إلى جهاز الأشعة وبرنامج الكمبيوتر بشكل منفصل على أساس أنه لا توج علاقة تقنية مستمرة تتفاعل فيما بين الاثنين وأن التأثير

¹ (1). المرجع المشار إليه أعلاه ص 44، وهو موقع لمجموعة من المحامين الأوروبيين المهتمين بقوانين الكمبيوتر في الدول الأوروبية وكذلك ورد النص في carr@arnold.op.cit.p132
² (2). د. حسن جميعي- مرجع سابق ص 45-46، د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات- مرجع سابق ص 190-199.

التقني فقط في المرحلة الأخيرة من عمل الجهاز، وقد ألغى المكتب الاستثنائي هذا القرار في عام 1992 موضحاً أن الاختراع يجب أن ينظر إليه في مجمله as whole أي أن ينظر إلى الجهاز والبرنامج كوحدة واحدة عند فحص توافر شروط الاختراع. ثالثاً: وأخيراً يشترط الفقه والقضاء أن تتوافر في البرنامج الذي يرغب مالكة في أن يكون محلاً لبراءة اختراع أو جزءاً من محل لبراءة اختراع بمعنى أدق أن يكون جديداً من نوعه. The innovation is new وأن يتضمن خطوة إبتكارية an inventive step والشرط المشهور بأن يكون قابلاً للتطبيق⁽¹⁾ Industrial application Capable وهذه طبعاً شروط متعارف عليها تشريعياً أيضاً وتطبيقاً لذلك حكمت المحكمة العليا الأمريكية supreme court في 3/3/1981 فيما عرف بقضية Diamond V.diener لصالح منح براءة اختراع لـ دياموند بعد أن رفض مكتب الولايات المتحدة براءات الاختراع والعلامات التجارية منح براءة لبرنامج كمبيوتر يتحكم في جهاز "ماكينة" لدبغ الجلود بحيث يراقب هذا البرنامج درجات الحرارة ويشغل الماكينة عند درجة معينة ويطفئها عند درجة معينة مستندياً في رفضهم إلى أن طريقة عمل البرنامج عبر الماكينة تتخذ شكل صيغة رياضية ومن ثم لا تقبل الحماية ببراءة الاختراع، رفضت المحكمة هذا التوجه وقالت على الرغم من أن الصيغة الرياضية في حد ذاتها ليست محلاً لبراءة الاختراع فإن العملية التي تتضمن استخدام هذه الصيغة قابلة للحماية ببراءة الاختراع من نواحي أخرى لا يجوز استبعادها وفي هذه الحالة تنسحب الحماية على الطريقة المستخدمة في

¹ (1) Bain.bidge.David P.R p.213 وراجع كذلك د. خالد حمدي عبد الرحمن- مرجع سابق ص130 وما بعدها.

معالجة الجلد بغض النظر عن استخدام حسابات رياضية أو حاسبات رقمية⁽¹⁾.
 وخلاصة القول نلاحظ أنه لا يوجد ما يمنع منح براءة اختراع لبرنامج حاسب معين إذا توافرت الشروط القانونية الأساسية لمنح هذه البراءة والسابق الحديث عنها، فإن نجح أحد مبتكري أو صانعي البرامج في الحصول على براءة اختراع لبرنامجه⁽²⁾ فإن ذلك سيمثل إضافة قيمة إلى أصوله وموجوداته وسوف تتاح له حماية قانونية أقوى من تلك التي يوفرها حق المؤلف خصوصاً في قضية منح براءة مشابهة لنفس البرنامج لأي كان حتى لو توصل الشخص الآخر إلى الاختراع دون أن يعلم بسابق وجوده فلا يجوز ذلك في قوانين براءة الاختراع في حين أنه وفقاً لقواعد حق المؤلف إذا توصل شخصان لعمل ذهني (برنامج كمبيوتر مثلاً) واحد وعمل كل منهما بشكل مستقل تماماً عن الآخر فلا يعد أحدهما ناسخاً لبرنامج الآخر ويتمتع كل منهما بحقوق المؤلف⁽³⁾.

¹ (1). قضية رقم (1981) 450/175 u.s. - د. برنارد. أ. جالير - الملكية الفكرية وبرامج الحاسب - ترجمة د. محمد حسام لطفي - مرجع سابق ص 43.

² (2). إن طريقة الحصول على البراءة وعرضها ومكلف ويستغرق منحها مدة طويلة قد تصل إلى عام أو عامين بالإضافة إلى أن مدة حماية الاختراع قصيرة نسبياً إذ تتراوح في معظم النظم القانونية المختلفة ما بين 15-20 سنة ولا تحمي نصوص قوانين براءة الاختراع أسرار البرنامج التي يلتزم المخترع بإفشائها خلال الفترة من تقديم الطلب إلى تاريخ الحصول على البراءة رغم أهميتها الكبرى في مجال برامج الحاسب لهذه الأسباب وغيرها نرى الشركات تحجم عن سلوك هذا الطريق في استثماراتها.

للتوسع في هذا يمكن مراجعة د. شحاته غريب شلقامي - برامج الحاسب والقانون - مرجع سابق ص 1-18. ود. فاروق الحفناوي - قانون البرمجيات مرجع سابق ص 200 و د. خالد حمدي عبد الرحمن ص 170 وما بعدها، ود. برنارد. أ. جالير - مرجع سابق ص 41 وما بعدها.

³ (1). د. عبد الرشيد مأمون - أبحاث في حق المؤلف - دار النهضة العربية - القاهرة 1987 ص 33 وما بعدها، وخالد حمدي عبد الرحمن مرجع سابق ص 200-220، و د. فاروق الحفناوي - قانون البرمجيات - مرجع سابق ص 200.

وعليه يجوز في مجال برامج الحاسب الآلي للمخترع أن يتنازل عن اختراعه للغير عن طريق بيعه مثلاً ولكن يجب أن يكون هذا الاختراع قد حصل على البراءة⁽¹⁾ ويجب أن يكون الاتفاق على البيع أو التصرف مكتوباً وهذه الكتابة تعتبر ركناً في العقد وليس للإثبات فقط، ولكن تبقى لصيقة الاختراع إلى صاحبه كحق معنوي لا يجوز التصرف فيه أو التنازل عنه، تبقى الصيغة لصاحبها فالذي يتم التنازل عنه في البرنامج فيما لو كان هذا البرنامج مسجل باسم مخترعه هو فقط الحق في استغلال هذا الاختراع أي الحق في استغلال البرنامج الذي اخترعه للمتنازل له، ورغم وجود مثل هكذا حالات في عقود الإعداد إلا أنها نادرة في الحياة العملية لصعوبة حصول برامج الحاسب الآلي على براءة الاختراع وإن حصلت ففي أغلب الحالات لا تمنح للبرنامج بوصفه اختراعاً وإنما تتم حماية البرنامج عن طريق براءات الاختراع بوصفه أحد المكونات الرئيسية لاختراع استوفى الشرائط القانونية اللازمة وفقاً للنظام القانوني الخاص ببراءة الاختراع² هذا بالإضافة إلى أنه من الصعوبة بمكان أن تجد شخص [معنوي أو طبيعي] حصل على براءة اختراع لبرنامج معين ويتنازل بنفس الوقت عن الحق في استغلاله، فعقود البرمجيات في

¹ (2).. المادة 7 والمادة 27 من قانون براءة الاختراع الأردني والمواد من قانون براءة الاختراع المصري.

² (1).- ويقول الأستاذان ستيفان لاندبرج وستيفان دورانت انه في الولايات المتحدة يحاول كبار العاملين في هذه المجال استغلال القانون التجاري إلى ابعد الحدود بحيث يحالون الحصول امتيازات براءة الاختراع وامتيازات حقوق المؤلف (حقوق النشر) لنفس المصنف أو الآلة التي تستجمع في طياتها الأمرين معا او حتى الوسيلة التي يوجد عليها برنامج ما. للتوسع راجع :

Steven W.Lundberg & Stephen C.Durant , Electronic and Software Patents -Law and Practice, Second Edition , BNA Books, 2005, P,31

أغلبها تنطوي على الحق في الاستعمال وهو نظام قانوني بعيد كل البعد عن نظام براءات الاختراع. هذا فيما يتعلق بالتنازل عن برنامج الحاسب وفقاً لحقوق الملكية الفكرية كأثر من آثار عقد الإعداد ولكن تبقى هناك التزامات أخرى على أطراف العقد سنناقشها في الفصل اللاحق.

الفصل الثاني **التزامات الأطراف**

إن التعاقد على برامج الحاسب الآلي وأياً كانت طبيعة هذا التعاقد فإنه يرتب التزامات متبادلة على عاتق الأطراف بالإضافة إلى قضية الملكية وانتقالها التي بحثناها في الفصل السابق ولعل أهم هذه الالتزامات هو التزام المتعهد أو المبرمج بتقديم المعلومات والإرشاد والنصائح والتزامه بالضمان وتحمل مسؤوليات العيب الخفي والتعرض والاستحقاق والتزامات المستخدم أو المستفيد والتي يتمثل محورها في وجود التعاون وحسن النية والتسليم ودفع المقابل.

وهذه الالتزامات يجري في الغالب النص عليها في العقد وتشمل نفاذها أثناء السريان وبالذات التزامات المستخدم في مواجهة المنتج أو المبرمج والتي يبقى البعض منها حتى بعد انتهاء العقد [كالسرية مثلاً وعدم السماح للغير بالاطلاع].

وبالمعية مع هذه الشروط التي تشكل التزامات الأطراف يجري النص في نفس هذه العقود كذلك على مسؤولية الأطراف عن الإخلال بهذه الالتزامات (والمستخدم وتابعيه والمنتج أو المبرمج أو المورد) ومن ثم تقوم مسؤوليتهم الواحد في مواجهته الآخر فيما إذا نتج عن هذا الإخلال ضرر مادياً أو أدبياً طبقاً للقواعد العامة في هذا المجال.

كل هذا سنبحثه في هذا الفصل عبر ثلاثة مباحث
نبحث في الأول التزامات المتعهد "المبرمج" ونبحث
في الثاني التزامات المستفيد "المستخدم" ونبحث
في الثالث المسؤولية عن الإخلال بهذه الالتزامات.

المبحث الأول

التزامات المتعهد

قبلولوج الى التزامات المتعهد في هذا المجال
وحتى لا ندخل في متاهة قانونية يجب أن نذكر بما
انتهينا إليه في الفصول السابقة من أن برامج
الحاسب الآلي قد تكون محلاً لعقد مقاولة وهو
الافتراض الأساسي في هذه الرسالة، وذلك فيما لو
قام المنتج أو المبرمج بإنتاج البرامج لحساب شخص
طبيعي أو معنوي للوفاء بحاجته في مقابل أجر دون
أن يخضع لإشرافه أو رقابته كما أن البرنامج قد يكون
محلاً لعقد بيع إذا كان سابق التجهيز أي أن المنتج أو
المبرمج أنتج ليوفي بحاجة قطاع كبير من
المستخدمين ثم طرحه للبيع بنفسه أو بواسطة
موزع، وقد يكون عقد ترخيص بالاستعمال حصل عليه
المستخدم بموجب اتفاق مع المبرمج أو المنتج وقد
يكون إيجار حال معنوي.. الخ.

ففي عقود الإعداد هناك التزامات تقع على عاتق
المتعهد تتميز بعض الشيء عن الالتزامات التي تقع
عليه في العقود المسماة المشابهة أو حتى التزاماته
في العقود غير المسماة وذلك نظراً لحدثة هذه
العقود وما لمسناه من خلال هذه الدراسة أن في
النظرية العامة للعقد من القواعد القانونية المكملة
ما يساعد جداً في إيجاد الحلول القانونية لهذه
المشكلات.

إن عقد الإعداد يتميز عن غيره من العقود بأنه يمكن
أن يكون مزيجاً لعدد من العقود⁽¹⁾ كما بينا سابقاً لذلك

⁽¹⁾ - د. محمد السيد عمران - الطبيعة القانونية لعقود المعلومات -
مرجع سابق ص . 103-106

فإن التزامات المتعهد أو المنتج يجب أن تكون مدروسة بعناية ووضوح حتى ينعكس ذلك على الأثر الذي سوف يترتب عليها وكذلك في قدرته على الوفاء بهذه الالتزامات خصوصاً وأن هذه العقود في أغلب الأحوال تسبقها مرحلة مفاوضات عقدية [وبالذات إذا طبقنا أحكام عقد المساواة كونه أقرب ما يكون لعقد إعداد البرامج] فيتوجب على المبرمج دراسة احتياجات العميل والبحث في مدى قدرته على التوفيق بين هذه الاحتياجات وبين قدرته التقنية⁽¹⁾ وكذلك ملاءمتها مع أصول البرمجة وعلومها، حتى يتمكن من إعداد البرنامج التي تم الاتفاق عليه وهو التزامه الرئيسي بأفضل صورة ممكنة بحيث يكون مطابقاً للمواصفات والمقاييس التي تم الاتفاق عليها في العقد وبالتالي تسليمه إلى المستخدم.

لذلك نلاحظ أنه يجب على المبرمج نصيحة المستخدم بعد الاستماع إليه ومعرفة متطلباته بشكل دقيق وهذه النصيحة ليست التزاماً يوجبه مبدأ حسن النية في العقود فقط بقدر ما يمكن أن تشكل طريقة لإبطال العقد فيما لا لو تبين عدم دقتها وذلك لأننا بصدد محترف مهني (بائع أو صانع مهني) في مواجهة طرف قليل أو عديم الخبرة في هذا المجال تفرض معظم التشريعات وأحكام القضاء حمايته وهي نصيحة فنية وتقنية نابعة عن شخص خبير يعمل في هذا المجال ويعرف بالضبط ما هي احتياجات الطرف الآخر وإمكانية القدرة عليها من عدمها...الخ.

وكذلك فإن هناك التزامات تقليدية يفرضها القانون على "البائع أو الصانع المهني" كضمان العيوب الخفية وعدم التعرض والاستحقاق [إلتزامات تشبه التزامات البائع] سنحاول بحثها وقياسها على عقود إعداد البرامج حسب الشروط التي ترد في هذه العقود وانطلاقاً من

⁽¹⁾ Thomas P. Vartanian - Technology and the Payment System - Shriver & Jacobson press 1996.p 31 .

القواعد المكملة في التشريع المدني والنظرية العامة للعقد عبر المطلبين التاليين.

المطلب الأول

الالتزام بتقديم المعلومات

تتميز العلاقة الناشئة بين المستخدم و المبرمج بأنها علاقة غير متكافئة فيما يتعلق بالأطراف من حيث العلم والدراية التامة بطبيعة محل العقد والذي يشكل غاية المستخدم من التعاقد، فالبرنامج الذي سيتم إعدادده يشكل رغبات المستخدم في إتمام وظائف معينة لديه رغم أنه لا يتمتع بالمعرفة التقنية والتكنولوجية الكافية ليقوم بالاختيار الصحيح⁽¹⁾.

وهذا السبب يستوجب على المبرمج تقديم معلومات ونصائح حول الاختيار الصحيح والطريقة المثلى للتشغيل ولقيام النظام بواجباته بأفضل الصور وهو ما أستخدم على تسميته بالالتزام بالإعلام وهو التزام قرره القضاء الفرنسي على البائع المهني سواء كان صانع او موزع دون ان يستند ذلك على نصوص تشريعية خاصة فهو التزام تابع مرتبط بالالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد، ابتكره القضاء الفرنسي لتوفير أكبر حماية ممكنة للمشتري أو المستخدم الذي لحق به ضرر نتيجة عدم درايته الكافية بمواصفات المحل⁽²⁾.

ويطلق على التزام البائع المهني للبرامج بالإعلام [الالتزام بتقديم المشورة]⁽³⁾ وطبعاً هذه النسخة غير

¹ (1). د. خالد جمال أحمد حسين- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد-رسالة دكتوراة- كلية الحقوق جامعة أسيوط -1996 ص 80-82.

² (1). د. عزة خليل/مرجع سابق ص 127 و د. سهير منتصر -الالتزام بالتبصر- دار النهضة العربية القاهرة 1990 ص 42 ود. حسن جمعي - عقود برامج الحاسب الآلي- مرجع سابق ص 216.

³ (2). لا نرى أن هذه التسمية صحيحة رغم اصطلاح المشتغلين ببرنامج الحاسب الآلي عليها وذلك لأن الالتزام بتقديم المشورة الفنية هو إلتزام مقرر بموجب عقد معين يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بتقديم معلومات

دقيقة في رأينا لان عقد تقديم المشورة يعقد في الغالب ما بين المستخدم وخبير في نظم الكمبيوتر ليساعده على الاختيار الصحيح عندما يقوم المستخدم بالتعاقد وهذا عقد منفصل، يختلف كلياً عن الالتزام الواقع على عاتق المبرمج أو البائع المهني بالإعلام والذي بموجبه يلتزم هذا المبرمج بالتوصيف المستندي (السابق الإشارة إليه في الفصل الأول) للبرنامج⁽¹⁾ وهذا يعني إنشاء دليل المستخدم وتوصيف البرنامج توصيفاً جيداً ودقيقاً يشمل توصيف النظام وخطوات التشغيل والإرشادات الخاصة بالمدخلات والمخرجات وطريقة إدخال البيانات وتحديثها وقاموس المصطلحات الجديدة بالإضافة إلى توصيف مكونات الـ Hardware إن شملها عقد الإعداد⁽²⁾. إن التزام المتعهد أو المبرمج بتقديم المعلومات في عقود الإعداد يتكون في رأي الفقه والقضاء من محورين رئيسيين أولهما وضع المشتري أو المستخدم في الصورة الصحيحة والدقيقة لما هو محتاج إليه أي نصحه وإرشاده حتى فيما يتعلق بطريقة الاستعمال وهذه النصائح والإرشادات تشمل أيضاً مخاطر الاستعمال والاحتياطات التي يجب على المستخدم اتخاذها للتغلب على هذه المخاطر وثانيهما مطابقة

فنية وقانونية في مجال معين إلى الطرف الثاني يكون من شأنها توجيهه في اتخاذ قراره النهائي بصدد المسألة موضوع الاستشارة فهذا الالتزام مصدره عقد المشورة الفنية أما التزام المتعهد بتقديم المعلومات والنصائح، فمصدره عقد الإعداد نفسه وعدم تكافؤ معلومات الأطراف ومبدأ حسن النية وضعف الطرف المستخدم ويمكن أن يكون مصدره التزامات الأطراف بموجب القواعد المكملة في القانون للتوسع في ذلك راجع د. نزيه الصادق المهدي- الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات- مرجع سابق ص 7، د. نصيرة بوحجة سعدي- مرجع سابق ص 246، د. السيد عمران مرجع سابق ص 92.

¹ (1) - د. أنور احمد الفزيع- مرجع سابق ص 10.

² (2) د. محمد زكي عبد المجيد وآخرون - فيروسات الحاسب وأمن البيانات - موسوعة دلتا كمبيوتر - 8- مرجع سابق ص 66-69، ود. عزة خليل - مرجع سابق ص 134 .

البرنامج أو البرامج محل العقد لحثيات الطلب وهي الوظائف التي سعى من أجلها المستخدم إلى المتعهد أو المبرمج للتعاقد معه على أن يقوم نظام المعلوماتية بأدائها⁽¹⁾ وهي التي أخبر أو أفصح المتعهد للمستخدم أن بمقدوره إعداد أو بيع برنامج له يفي بهذه الوظائف عبر إعطائه المعلومات والإرشاد والنصائح التي بموجبها قبل التعاقد وأمل بتحقيق النتائج المرجوة منه.

وعليه سنبحث في فرع أول التزام المتعهد بالإرشاد والنصيحة وفي فرع ثانٍ مطابقة البرنامج لحثيات الطلب..

الفرع الأول الإرشاد والنصيحة

يتصف عقد إعداد البرامج بتوافر صفة الاحتراف لدى المبرمج وهذه الصفة تفرض عليه تقديم النصيحة المناسبة والملائمة لظروف واحتياجات المستخدم، ويكون ذلك من خلال التحري والدراسة عن الدافع والأمور التي من أجلها أراد المستخدم التعاقد على برنامج معين. وهنا يجب على المبرمج أن يلتزم بمعاونة المستخدم ومساعدته في التعبير عن احتياجاته وتتم ترجمة ذاك من خلال التعبير في صياغة العبارات الفنية التي تتوافق مع هذه الاحتياجات حتى يتمكن المستخدم من طلب البرامج والأنظمة التي تتناسب وتؤدي إلى وفاء بأغراضه.

⁽²⁾ وقد عرف الفقه الالتزام بتقديم النصيحة بأنه: إعلام العميل أو المستخدم المتعاقد بعد عمل الدراسة

¹ (3). د. حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات - مرجع سابق ص 91-92، د. عزة خليل - مرجع سابق ص 132-222، ود. فاروق الحنفوي - موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج 1 عقود البرمجيات - مرجع سابق هامش 105-107. ود. سهير منتصر- مرجع سابق ص 41.

² (1). د. ثروت فتحي إسماعيل - المسؤولية المدنية للبائع المهني (الصانع ، الموزع) رسالة دكتوراة، حقوق عين شمس 1987، ص 82 وما بعدها.

الملائمة لمحل وظروف التعاقد ببعض المعلومات الأساسية التي لها دور فعال في التعاقد ومن خلالها يتم التوصل إلى مدى ملائمة البرنامج لاحتياجاته سواء من حيث تحقيق الغاية الأساسية أو ملائمة ظروف البرنامج لظروف البيئة المتوفرة لديه وبيان كافة الآثار المترتبة على هذا التصرف ودوره في إتمام التعاقد⁽¹⁾، فإذا تم التوصل إلى نصيحة ملائمة فيتم إبرام العقد ويبقى على المبرمج الالتزام بالنصيحة فيما يتعلق بطريقة الاستخدام للبرامج وبيان الأمور الخطرة التي من الممكن أن تؤدي إلى إعاقة عمل البرامج وباختصار بيان كيفية الاستخدام وتحقيق الغاية المرجوة من البرامج.

ومن خلال هذا التعريف يتضح لنا أن الالتزام بالإرشاد والنصيحة يكون على مرحلتين وهما:
مرحلة ما قبل التعاقد (المفاوضات العقدية)
والمرحلة اللاحقة على إبرام العقد وسنحاول من خلال هذا الفرع معرفة طبيعة الالتزامات التي تترتب على المبرمج أو المتعهد في كل مرحلة وكيفية عقود الإعداد:

المرحلة الأولى: ما قبل إبرام العقد

حتى يتمكن المبرمج من تقديم النصيحة للمستخدم أو العميل في هذه المرحلة يتوجب عليه القيام بعمل دراسة للظروف المقترنة بالبرنامج ولاحياجات العميل وذلك يكون من خلال جمع أكبر قدر ممكن من المعلومات المتعلقة بالغاية و الوظائف المرجوة من البرنامج وظروفه للخروج بأفق معين يشكل ترابط ما بين هذه الغايات والاحتياجات وكيفية

¹ (1). د. سهير منتصر- مرجع سابق ص40 وما بعدها، د. خالد جمال أحمد حسين- الالتزام في الاعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراة، جامعة أسبوط 1996 ص80-83. د. حسن جميعي- عقود الحاسب الآلي، مرجع سابق ص216 وما بعدها.

ترجمتها على شكل برامج أو برنامج⁽¹⁾ وهنا وكما أسلفنا يجب على المبرمج أن يساعد المستخدم أيضاً في التعبير عن احتياجاته ومساعدته في صياغة احتياجاته بلغة فنية وتقنية ووضعه في صورة الامتيازات لكل برنامج والمخاطر والأسعار الخ. وهذه الالتزامات أوجبتها طبيعة عقد الإعداد وذلك في محاولة لإيجاد نوع من التوازن بين الأطراف ولتيسير الأمر على المستخدم تحديداً ليتمكن من فهم بعض الشروط الأساسية والمواصفات للبرنامج المراد إعداده فالمستخدم ليس متخصصاً في البرمجة ولا في أنظمة التشغيل وطرق معالجة البيانات وهذه أمور يتعرف عليها من خلال النصيحة مما يؤثر في حرية إرادة المستخدم بعيداً عن أمور غير مفهومة لديه أو مظلمة يمكن أن تحد من حريته في الاختيار⁽²⁾ وانطلاقاً من محاولة إيجاد نوع من المساواة بين الأطراف وتوافر إرادات صحيحة ليست معيبة أو غير متكافئة فقد تم التوافق فيما بين الفقه والقضاء حول التزام المبرمج بتقديم النصيحة للمستخدم أو العميل لكي لا يؤدي إخفاء هذه النصيحة أو كتمانها لبطلان العقد مستقبلاً كما رأينا عند بحثنا لعيوب الإدارة في عقود الإعداد في الفصل الأول من هذه الدراسة، فقد أكد الفقه والقضاء في كثير من المواقع على تقرير

¹ (1). راجع في هذا د. نصيرة بو حجة سعدي-مرجع سابق ص245 وما بعدها ود. السيد عمران-مرجع سابق ص92 وما بعدها، ود. حسن جميعي مرجع سابق ص215 وما بعدها ود. نزيه الصادق المهدي مرجع سابق ص8 وما بعدها.

² (2). د. نزيه الصادق المهدي-الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد- مرجع سابق ص208-230، وراجع في هذا أيضاً د. حسن جميعي أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد-دار النهضة العربية/القاهرة 1991 ص346 و

Steve Kelley- computer and discovery advising the carport client, <http://dindlaw.com/contraetsll contel -7html.p1>

هذا الالتزام في العقود التي تتصف بعدم المواساة بين الأطراف في قضية الاحتراف فهذا ما نجده ينطبق على الأمور المتعلقة بإعداد برامج الحاسب الآلي⁽¹⁾ ففي حكم شهير لمحكمة النقد الفرنسية في 17/3/1981 صدر قرارها بالزام المحترف في مجال توريد أنظمة وبرامج الحاسب بنصيحة العملاء وشددت المحكمة في إقرارها لهذا المبدأ وذلك عبر نقد الحكم الصادر عن محكمة استئناف (ليموج) بحيث نعت عليها مخالفتها للقانون عند رفضها لطلب التعويضات عن الأضرار الناجمة عن إخلال مورد نظام الحاسب بالالتزام بالنصيحة وعلى وجه الخصوص عدم قيام المورد بدراسة جادة وتفصيلية قبل تركيب وتشغيل نظام الحاسب بمقر الشركة المستأنفة مما ترتب عليه اضطراب في العمل بالشركة وتداخل ملفاتها مما اضطر المستأنفة إلى اللجوء لشركة أخرى لإصلاح الأضرار الناجمة عن استخدام البرامج التي وردتها المستأنف عليها⁽²⁾.

وهذا ما يفترض على المبرمج تنبيه المستخدم إلى المشكلات المتوقعة في البرامج التي ستكون محل العقد مستقبلاً وخصوصاً بعض الجوانب التي يمكن أن يحجم بسببها المستخدم عن التعاقد فيما لو كان لديه علم بها وكذلك يجب أن يضعه في صورة المقدرة المستقبلية للبرامج على التحديث من عدمها ومدى تناسب هذه التحديثات مع أساسيات البرنامج وهل ستلاءم مع الوظائف التي يقوم بها أم لا⁽³⁾.

¹ (1) . د. نزيه محمد الصادق المهدي-مرجع سابق ص 250-270، د. شهير منتصر- مرجع سابق ص 180.

² cass.com17mars.1981.ball.civ.1v.n° 150.p.118

حكم اشار اليه د. حسن جميعي - عقود برامج الحاسب - ص 219

³ (1). د. خالد جمال أحمد حسين- مرجع سابق ص 85-86/ د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات-مرجع سابق ص 171.

وخلاصة القول في هذا المجال أن المبرمج يلتزم بوضع تصور مبدئي ملائم وشامل للشروط التي تم الاتفاق عليها [بناءً على استقائه معلومات صحيحة من المستخدم] وتقديمه للمستخدم أو العميل على شكل نصيحة مؤهلة وصادقة ناتجة عن دراسات ستشكل أساساً فعلياً لبرامج عند تطبيقها على أرض الواقع وعبر إنتاجها بأفضل المواصفات.

وهذا الالتزام من الصعوبة بمكان بالنسبة للمبرمج بحيث يضعه في مراحل صعبة يتوجب عليه فيها التوفيق فيما بين إيجاد برنامج يلبي رغبات العميل أو المستخدم وما بين إيجاد تناسب بين لغات البرمجة نفسها التي سيتم استخدامها ويمكن في هذه المرحلة التوصل إلى عدة حلول مناسبة فيكون عليه أيضاً شرح سمات وعيوب كل حل [كل نوع من أنواع البرامج] التي يمكن أن يتناسب مع العميل ليقوم بالاختيار بناءً على هذا الشرح وذلك لأن المبرمج أعلم الناس بما سوف يقوم بإعداده والعميل أو المستخدم لا يملك من أمره شيء حول كيفية هذا الإعداد⁽¹⁾ لذلك قيل أن الهدف الأساسي من هذا الالتزام هو إبراء ذمة المبرمج من إمكانية الرجوع عليه بالخلل الذي يمكن أن يحصل مستقبلاً فيما لو لم تتلاءم الوظائف وطرق العمل مع احتياجات العميل بسبب عدم تقديم النصيحة، فالاتفاق على تصور معين يجنب الأطراف وبالذات المبرمج كثيراً من المشكلات التي من الممكن حدوثها بعد إتمام إعداد البرنامج فلا يحق لأي منهم إبراء نفسه من موافقته على هذا التصور أو هذا التصميم فيما لو اقترن بنصيحة⁽²⁾ وبما أن هذه

⁽¹⁾ د. السيد عمران، مرجع سابق ص 11-15، د. سهير منتصر، مرجع سابق ص 47.

⁽²⁾ راجع في هذه المادة 148/1 مدني مصري والمادة 202/1 مدني أردني والمادة 181/1 مشروع فلسطيني (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه).

المرحلة هي مرحلة سابقة على إبرام عقد الإعداد فإن الالتزام بالنصيحة المفروض فيها هو التزام غير عقدي بالنسبة للمبرمج لأن العقد لم يتم إبرامه بعد وإنما تتوافر فيه صفة الالتزام (وكما بينا سابقاً وبالذات عند مناقشة بعض الشروط المجحفة في الفصل الثالث من هذه الدراسة) بسبب إحداث بعض التوازن فيما بين أطرافه خصوصاً أن هذه العقود يمكن أن تتشابه كثيراً مع شروط عقود الإذعان⁽¹⁾، وكذلك لأنها بصدد خبير في مواجهة شخص لا يملك أدنى خبرة في مجال البرمجة. وبما أن الالتزام بالنصح والإرشاد في هذه المرحلة التزام غير عقدي فلا يمكن الرجوع على المبرمج بمسؤولية العقدية لعدم تقديم النصيحة الملائمة قبل إبرام العقد للمستخدم ولكن يمكن الرجوع عليه بالمسؤولية التقصيرية وفي حالة إبرام العقد والقيام بإعداد البرنامج فإن هذا الالتزام يعتبر من الالتزامات العقدية التي تخضع المبرمج للمسؤولية العقدية وكذلك لحكم القانون الذي يمكن الطرف الآخر من إبطال العقد فيما لو تبين حجب بعض المعلومات أو التدليس في طرحها كان دافعاً للتعاقد من قبل المتعاقد الضعيف (الأقل خبرة)⁽²⁾.

المرحلة الثانية: ما بعد إبرام العقد

¹ (3). مرجع سابق ص. من هذه الدراسة وكذلك يمكن مراجعة د. أحمد عبد الرحيم الملحم، نماذج العقود في مواجهة الشروط المجحفة-مرجع سابق ص180 وما بعدها وهيكتور مأكوين مرجع سابق ص128-135 ود. عبدالفتاح مراد، مرجع سابق ص105

² (1). د. حسن جميعي، عقود برامج الحاسب، مرجع سابق، ص235 وأستاذنا د. أحمد شرف الدين، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص186، د. حسام الأهواني مرجع سابق ص210 وما بعدها.

وتبدأ هذه العملية منذ قيام المبرمج بإعداد البرنامج⁽¹⁾ وخلال توصله إلى بعض النتائج الأولية حتى يتم إكمال البرنامج لتسليمه، حيث تتجسد النصيحة ببيان كيفية التشغيل وتحقيق الغاية المرجوة من البرنامج بأفضل الوجوه الممكنة عبر إبداء النص والإرشاد بخصوص المواد التي تصاحب إنتاج البرنامج والتي تعتبر من مكونات البرنامج مثل الرسوم والخرائط البيانية الخاصة بالبرنامج وأية وثائق أو مواد أخرى، وكذلك بخصوص المواد التي يتم تسليمها مع البرنامج والتي تشرح كيفية تشغيله والاستفادة من وظائفه وكيفية تصحيح ما قد يظهر من أخطاء هذا وتشمل النصيحة كافة التحسينات والترقيات updates⁽²⁾ التي يمكن أن يجري على البرنامج من حين إلى آخر والتي من الممكن أن تظهر في صورة إصدار جديد أو نسخة جديدة متطورة ومحسنة من البرنامج⁽³⁾.

وتكمن الغاية من هذا الالتزام في حماية المستخدم من بعض الأمور التي يجهلها في كيفية استخدام البرنامج حتى أن لبعض الشركات الدولية وفي بعض صيغ العقود يتم الاتفاق من خلالها على قيام المنتج أو المبرمج نفسه بتدريب عمال المستخدم لمدة معينة على كيفية استخدام الأنظمة المتكاملة (برامج وأجهزة معاً) أو حتى البرامج التي يتم إعدادها لصالحه⁽⁴⁾، وعلى ذلك يجب أن تكون النصائح

¹ (2). د. أنور الفزيع، مرجع سابق، ص134-139، د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق ص155-161.

² (1) Steven W. Lundberg & Stephen C. Duran P.R. p209.

³ (2). د. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص127-128 ود. محمد فهمي طلبه وآخرون، الموسوعة الشاملة لمصطلحات الكمبيوتر، موسوعة دلتا، كمبيوتر 2 مرجع سابق ص8.

⁴ (3). مزيد من التفصيل راجع د. خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق ص143 و155 ود. حسن جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على

كاملة ووافية تثير انتباه المستخدم لكافة المخاطر والعيوب التي من الممكن أن يتعرض لها أثناء الاستعمال سواء عند القيام بعمليات تخزين البيانات أو استخراجها وكل ذلك يجب أن يتم بطريقة واضحة وبلغة مصاغة بطريقة يستطيع المستخدم فهمها من خلال تجنب استخدام مصطلحات خاصة بالبرمجة يصعب على المستخدم (الشخص العادي) فهمها لذا يجب على المبرمج أن يفترض أن هذا الشخص غير ملم بلغة وتعليمات البرمجة حتى أن بعض الخبراء في هذا المجال يعتبرون ذلك ليس توجيهات فقط بل أساسيات في الاستخدام يجب أن توضع في مكان ظاهر سواء على وسيلة تسليم البرنامج أم بظهورها على شاشة الجهاز عند استعمال البرنامج أو من خلال كتيب أو ملحق يسلم مع البرنامج أو بأي وسيلة كانت، فالمهم أن تكون واضحة وظاهرة ومرافقة للبرنامج بحيث لا يتم فصلها عنه⁽¹⁾.

إن إرشاد المستخدم لكيفية الاستخدام يحقق غايته من البرنامج على أكمل وجه، ويحافظ على انسيابية عمل البرنامج بعيداً عن حدوث مشاكل تقنية يمكن أن يسببها الاستخدام غير السليم، فهذه الإرشادات والنصائح من الأهمية بمكان أن البعض قد شبهها بعملية تدريب للمستخدم على كيفية الاستخدام وطرق حماية البرنامج ابتداءً من البدء بالتشغيل وحتى الانتهاء من الاستخدام وإقفال البرنامج⁽²⁾.

شروط العقد، مرجع سابق، ص346.

Clarence .H ridly & peter. .quittmeyer-computer software agreement-form and commentary. P.R p 17.

ويمكن مراجعة د. فاروق الحفناوي-موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات-ج1 عقود البرمجيات- نماذج العقود بالانجليزية ص113، ص173 وص257.

¹ (1) . د. نزيه الصادق المهدي، مرجع سابق، ص136، ود. ثروت إسماعيل، مرجع سابق ص351 وص533.

² (2) . د. أنور أحمد الفريع-مرجع سابق ص134-135، ود. عزة خليل-مرجع سابق ص61 و138-139.

هذه المعلومات جميعاً إذا تم تقديمها على شكل نصائح وإرشادات فإن المستخدم يكون قد استوفى حقوقه فيما يتعلق بالنصيحة التي يجب على المهني تقديمها إليه، ومن الضروري بمكان التزام المستخدم بها ليتم تحقيق درجة أكبر وأفضل من الأداء أثناء الاستخدام، هذا بالإضافة إلى أن توفر هذه النصائح يحول دون إدعاء المستخدم بعدم توافر المعرفة التامة لديه والغموض بخصوص العقد الذي تم إبرامه مما يعتبر معها أن إرادة الأطراف تكاد تكون متساوية نتيجة لهذه النصائح والإرشادات ولا يدعي الجهل أو الغلط في مواجهة المبرمج أو المورد⁽¹⁾.

وأخيراً نقول أن التزام المبرمج أو المنتج أو المورد بالنصيحة بعد إبرام العقد هو من الالتزامات الأساسية لهذا العقد والتي تندرج تحت خانة المسؤولية العقدية لذلك فإن حدث خلل لم يتم توقعه في البرنامج ولم يتم ذكره في النصائح والإرشادات، وكان هذا الخلل مؤثراً فإنه يعطي الحق للمستخدم بالرجوع على المبرمج للإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتقه وبالتالي فسخ العقد والرجوع عليه بالتعويض عن هذا الضرر. وحتى في بعض الحالات اعتبر السكوت عن تقديم النصيحة بمثابة تدليس كما رأينا سابقاً⁽²⁾ يبيح لمن وقع فيه طلب إبطال العقد.

أما بخصوص استعانة بعض المستخدمين بالخبراء عبر عقود استشارات فنية في هذا المجال فإن ذلك وبحسب الفقه لا يعفي المنتج أو المبرمج من تحمل المسؤولية ولكنه يخفف من مسؤوليته بعض الشيء وذلك لأن المستخدم كان بإمكانه من خلال مستشاريه الفنيين أن يكون على دراية أكبر بما يحتاج إليه، فقد قضت محكمة استئناف باريس في

¹ (1) . د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 156-161.

² (2) . راجع ص من هذه الرسالة وكذلك راجع د. حسن جميعي، عقود برامج الحاسب، مرجع سابق ص 225-235.

12/1/1997 بأن خطأ المورد وتقصيره في نصيحة العميل يخفف منه أنه كان يعلم أن هذا الأخير قد استعان بشركة متخصصة في مجال المعلوماتية في المراحل السابقة على إتمام التعاقد⁽¹⁾. وقبل أن نختم هذا الفرع لابد أن نسأل أنفسنا كعاملين في حقل القانون هل التزام المبرمج أو المنتج بالنصح والإرشاد للعميل أو المستخدم بخصوص عقود إعداد برامج الحاسب الآلي هو التزام بتحقيق نتيجة تستوجب إعداد برنامج بناءً على النصائح التي تم تقديمها أم هي مجرد التزام ببذل عناية من خلال تقديم النصائح وينتهي دور المبرمج أو المنتج هنا؟ وللإجابة نقول وبعد طول دراسة انقسم فيها الفقه إلى مؤيد للقول الأول⁽²⁾ أو مؤيد للقول الثاني⁽³⁾. فإن الاتجاه المعاصر اخذ بكون هذا الالتزام هو التزام مزدوج بين بذل عناية وتحقيق نتيجة منطلقين من أن النصيحة التي يتم تقديمها تكون التزام ببذل عناية من خلال القيام بإعداد دراسة لمدى ملائمة البرنامج لاحتياجات المستخدم أو العميل وبيان كيفية الاستخدام وذلك ليتم استخدام هذه النصائح والدراسات التي تم تقديمها في تقديم رؤية واضحة للمستخدم تنير له

¹ (1). paris.5ech12, ganv1997. jurus data no35. اشارة إليه د.

حسن جميعي عقود برامج الحاسب، مرجع سابق ص228.

² (2) . د. عزة خليل، مرجع سابق، ص155، ود. حسن جميعي ، شروط التخفيف والاعفاء من ضمان العيوب، دار النهضة العربية- القاهرة 1993، ص190.

³ (3) . د. ثروت إسماعيل، مرجع سابق، ص372 و377 و378/ ود. ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الاسلامي، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998 ص25.

الطريق لإتمام العقد بإعداد برامج تتناسب واحتياجاته⁽¹⁾.

أما تحقيق النتيجة فيتجسد في إبرام العقد وظهور محله على أرض الواقع بحيث يتمكن المستخدم من الاستفادة من هذه المحل دون شوائب تشوبه نتيجة للدراسة والتي تم تقديمها، وبهذا فإن الفقه الحديث يفرق بين فهم المستخدم أو العميل للنصائح والإرشادات والعمل بها وبين دور المبرمج أو المنتج بتوضيح النصائح والإرشادات للمستخدم حتى يتم تحقيق نتائج تتمثل في إبرام عقد خالي من الشوائب ومن ثم يبرز دور هذه النصائح في ذلك بحيث يتم إنتاج برامج بأفضل المواصفات نتيجة التزام الأطراف بالنصائح والإرشادات.

ومن دراستنا للاتجاهات الفقهية في هذا المجال نذهب إلى تأيد الاتجاه المعاصر الذي اعتبر أن هذا الالتزام التزام مزدوج نرى فيه بذل عناية الرجل المعتاد في عمل دراسة ملائمة لظروف العقد تتناسب مع احتياجات المستخدم وتبين له كيفية الاستخدام والمخاطر... إلخ.

ويبقى بذل هذه العناية مستمراً طيلة فترة التنفيذ للعقد ومن جانب آخر فإن المبرمج يلتزم بتحقيق نتيجة وذلك عبر التزام المستخدم بأفضل وسيلة ممكنة (أي تأثير النصائح والإرشادات على إرادة المستخدم أو العميل) من خلال اقتناعه بهذه النصائح وتطبيق حذافيرها لحصوله على الغاية المرجوة من البرنامج وباختصار يكون تحقيق النتيجة مقترناً بتطبيق المستخدم للنصائح طيلة فترة التنفيذ وحتى ما قبل الانعقاد فيكون المبرمج ملتزماً بما قد اقنع به المستخدم، أي بتحقيق نتائج ذلك عبر الاستخدام⁽²⁾.

¹ (1) . د. ممدوح محمد مبروك، مرجع سابق، ص 206.

² (1) . د. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 127-129، د. سهير منتصر، مرجع سابق، ص 18-20، د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام

ولم تتم معالجة مثل هذه المسائل في نصوص القانون المدني، إلا أن الفقه قد أجمع وتحت كل الظروف على التزام الشخص الذي يتمتع بصفة الاحتراف، بتقديم النصيحة للمستخدم أو العميل لأنه لا تتوافر لديه المعرفة الحقيقية والشاملة أو التامة بالبرامج التي سيتم تنفيذها⁽¹⁾ تحقيقاً لقدر من المساواة بين طرفي العقد في معرفة كافة ما يتعلق بالمحل.

الفرع الثاني

مطابقة البرنامج لحيثيات الطلب

يقوم المنتج قبل الموعد المحدد لتسليم البرامج أو البرنامج بإعداد عينة من البيانات test data التي تشغل بصوره مصغرة عن البرنامج مثلاً لفحص واختبار مدى صلاحية البرنامج محل الإعداد بحيث تخضع هذه العينة في اختبارها لموافقة المستخدم ويتم تحديد موعد باتفاق الطرفين لإجراء اختبارات القبول وذلك عبر معالجة عينة البيانات على الأجهزة بحضور المستخدم حيث يتعهد كلا الطرفين بتقديم كافة التسهيلات الممكنة لإجراء هذه الاختبارات⁽²⁾. إذا عالجها البرنامج أو إذا عالج البرنامج البيانات محل الاختبار وحقق النتيجة المرجوة منه أو المتوقعة فيتم قبوله فوراً ويوقع المستخدم أو المستفيد شهادة بقبول البرنامج⁽³⁾ بحيث تعتبر البرامج مقبولة عقداً

بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص105-111.

¹ (2) Steven W.Lundberg & Stephen C .Duran . P.R .p214

² (1) لمزيد من التفاصيل راجع د/ يوسف عبد الهادي الاكياي - مرجع سابق ص 179 و د/ عبد الفتاح مراد- مرجع سابق ص104 وما بعدها و د/ نصيرة بو جمعة سعدي مرجع سابق 207 وما بعدها و د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص 306-308 و د/ حسن جمعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص 287-288.

³ (2). سبق الحديث عن اختبارات القبول- راجع ص من هذه الدراسة وفي الغالب فإن شهادة القبول تكون مرفقة مع ملاحق العقد، ويجب

وقانوناً متى اجتازت اختبارات القبول بنجاح أو متى وضعت موضع التشغيل الفعلي live operation من قبل المستخدم.

ولكن ما هو الحل لو أن البرنامج أو البرامج أخفقت في القيام بمعالجة البيانات كما هو متوقع؟؟ في هذه الحالة فإن أغلب العقود تنص على منح المبرمج فترة إضافية لمحاولة معالجة الأخطاء وتكون هذه الفترة عادة من تاريخ فشل الاختبار الأول الخاص بالقبول⁽¹⁾. وبعد ذلك فإذا ما زالت البرامج فاشلة في معالجة عينة البيانات المنتقاة ما هو العمل وما هو موقف القانون في مثل هذه الحالة؟

بادئ ذي بدء يجب أن نستظهر طبيعة التزام المبرمج أو المنتج لهذه البرامج هل هو التزام ببذل جهد أو عناية أم هو التزام بتحقيق نتيجة؟ وعلى أثر ذلك نستوضح موقف القانون فيما لو أخفقت البرامج في تحقيق الغاية المرجوة منها.

يقتضي الالتزام بتسليم البرامج كمحل لعقد الإعداد أن تتطابق هذه البرامج مع المواصفات التي تم الاتفاق عليها أو حتى تلك التي تقضيها قواعد مهنة الإعداد وإنتاج البرامج وعرف التعامل فيها⁽²⁾. وحيث يقوم المبرمج وهو المدين بالتسليم بعمل ايجابي ينقل بمقتضاه محل التعاقد إلى المستخدم "الدائن" ويمكنه منه تمكيناً مادياً فيجب أن يكون هذا المحل مطابقاً للمواصفات السالف بيانها بما يتيح للمستخدم أن يحصل على الغاية المرجوة من هذا المحل والتي لا تكون إلا بمطابقة المواصفات لما تم الاتفاق عليه،

ملاحظة أن اختبارات القبول بالنسبة للبرامج تختلف حسب نوع وطبيعة البرامج ولكن يبقى الهدف الرئيسي منها هو التأكد من مطابقة البرامج للمواصفات المتفق عليها، والذي يظهر عبر قدرتها على معالجة البيانات بالطريقة المقصودة وتحقيق الغرض المرجو منها.

¹ (3) د/ فاروق حفناوي/ عقود البرمجيات- مرجع سابق- ص 242.

² (1). د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص 235-237.

فإن تخلف المنتج أو المبرمج فإن ذلك يعتبر إخلالاً بالتزام عقدي يستتبع انعقاد مسؤوليته العقدية. ولمعرفة طبيعة الالتزام نفرق هنا فيما بين إذا ما كان التعاقد على إنتاج وتوريد البرامج قد تم من خلال عقد بيع أو إيجار (ترخيص بالاستعمال) فنكون أمام التزام بتحقيق نتيجة أي يكون المنتج أو المبرمج ملتزماً بتسليم برنامج مطابقاً للمواصفات التي تم التعاقد عليها وأي إخلال جوهري بهذه المواصفات يعتبر إخلالاً بالالتزامات العقدية .

أما إذا كان العقد "عقد إعداد البرامج أو البرامج" قد تم إعداده للمستخدم بناءً على مقالة أي عقد كان قد طلبه هو وفق شروط ومواصفات معينة وتم إعداده له فقط ففي هذه الحالة يصبح تحديد طبيعة التزام المنتج أو المبرمج أكثر صعوبة ولبيان ذلك يجب الاستناد إلى التقدير الفني لمدي إمكانية إنتاج البرنامج محل العقد بطريقة تفي بالأغراض المستهدفة من التعاقد بالإضافة إلى رأي الخبراء في مدى قدرة منتجي البرامج في التحكم أو الوصول إلى النتائج المرجوة⁽¹⁾.

فإن كان بالإمكان ذلك أي أن البرنامج محل التعاقد ممكن علمياً وتقنياً فإن التزام المنتج أو المبرمج، حسب القواعد العامة في عقد المقولة هو التزام بتحقيق نتيجة⁽²⁾ ولكن لم نرى أو نسمع فقه أو قضاء قد قام على تشبيه عملية إنشاء مبنى أو جسر بتصميمات فنية ودراسات متعلقة بإنتاج برامج حاسب

¹ (1). د/ خالد جمال احمد حسين- مرجع سابق ص 80. د. حسن جميعي عقود برامج الحاسب - مرجع سابق. ص 236 ود. حسام لطفي - عقود خدمات المعلومات - مرجع سابق ص 86-87 .

² (2). راجع المواد 647 الى 654 من القانون المدني المصري والمواد 791 الى 802 من القانون المدني الأردني والمواد 802 الى 819 / مشروع مدني فلسطين وراجع محمد ليب شنب - عقد المقولة - مرجع سابق من 85-95. ود. السنهوري- الوسيط - مرجع سابق المجلد السابع ج 1 ص 68 وما بعدها.

او نظم معلوماتية كاملة وذلك لان الواقع العملي اثبت ويثبت كل يوم انه من المستحيل وضع برنامج حاسب مهما كانت دقة العمل لا يحتوي على أخطاء يجب مواصلة التعامل معها وتصحيحها أثناء التشغيل وهذا يؤدي الى ان المقاول في مجال برمجة وإنتاج برامج الحاسب الآلي ملتزم ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة⁽¹⁾ (طبعاً ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك) شأنه شأن الطبيب في علاج المرضى أو المحامي في الدفاع عن المتهمين عليه بذل الجهد الكافي والعناية الضرورية وفق قواعد وأصول المهنة والمعطيات العلمية⁽²⁾ لذلك نجد أن الصفة الغالبة في عقود المعلوماتية أن تسليم المحل طبقاً للمواصفات المحددة لا يعني أن يكون مطابقاً تماماً فلا ضير من ظهور بعض العيوب أو المصاعب مثل العطل المؤقت في معالجة البيانات فهذه أمور معتادة في مجال البرامج حتى أن القضاء الفرنسي اعتبر أن المبرمج أو المتعهد لا يسأل عن العيوب إذا لم يتجاوز تأثيرها 10% من مواصفات البرنامج معتبراً أن هذه المصاعب لا تدخل ضمن شروط المطابقة للمواصفات⁽³⁾.

ولكن هذا أيضاً لا يعني أن قضية تحقيق النتيجة مهمة في عقود إعداد البرامج فإذا تخلفت الوظيفة الأساسية للبرنامج محل الإعداد فإن المقاول يسأل عن عدم تحقيق النتيجة وهذه ليست قضية أخطاء يتم التسامح في بعضها فلو اتفق الأطراف على إعداد

¹ (1). مع هذا الرأي كل من د. حسام لطفي - عقود خدمات المعلومات - مرجع سابق ص 80-96 د. حسن جميعي - عقود برامج الحاسب - مرجع سابق - ص 336.

² (3) د. حسام لطفي - المرجع السابق ص 88 وهامش ص 68 ود. جمال عبد الرحمن علي - مرجع سابق ص 88 وهامش ص 68 ود. جمال عبد الرحمن علي - مرجع سابق ص 70-71.

³ (4) Caparis.25,ch.a.10.avril.1990. juris- data,n⁰ 21244. أشار اليه د/ نوري حمد- مرجع سابق ص 154.

برنامج للتغلب على معضلة معينة كما حصل عندما اتفقت إحدى شركات الحاسب وإحدى شركات البرمجة على إنتاج برنامج لمواجهة فيروس العام 2000 الذي كان من المتوقع أن يؤدي إلى تدمير لكافة شبكات المعلومات عند دخول عام 2000 فقامت شركة البرمجة باعداد برنامج " u.c.c.s.2- 215" لمواجهة الفيروس إلا أنه لم يكن مطابقاً للشروط المتفق عليها من حيث القدرة على مواجهة الفيروس مما استوجب الرجوع على المبرمج لضمان الضرر وذلك لإخلاله بالتزام أساسي هو تحقيق الغاية التي من أجلها تم إبرام العقد⁽¹⁾ وهنا نعود إلى الأحكام العامة في عقد المقاولة والتي تفرض على المفاوض التزاماً بتحقيق نتيجة بالإضافة إلى التزامه بضمان العيوب خصوصاً، إذا ما تم الاتفاق مسبقاً على غاية محددة ووظيفة معينة سيقوم بها البرنامج بعد إعداده فيكون (تحقيق النتيجة) واضحاً منذ البداية بخصوص العقد.

وليس التزاماً بتحقيق نتيجة ونحن مع هذا الرأي وذلك لأسباب عدة أولها أن المبرمج أو المنتج لا يستطيع أن يلبي حاجات المستخدم بالكامل لأنها متغيرة وغير محددة وثانيها أن للمستخدم دور في تطابق البرنامج محل الإعداد مع المواصفات وذلك عبر طريقة استخدامه وعبر إفصاحه تحديداً عما يريد وثالثهما أن نظام إعداد البرامج "المعلوماتية" يعتمد على أسس علمية معقدة وحسابات دقيقة لا يمكن احتوائها جميعاً مهما بذل المبرمج من جهد خصوصاً وأنها تعتمد على قريحة الذهن وإبداعاته. لهذا كله نرى أن التزام المبرمج هو تقديم أفضل البرامج المتاحة والمعلومات عنها للمستخدم بحيث يحقق له نتائج مرضية بمعيار الشخص المعتاد دون أن يكون

¹ Susan.H.poole.The. millennium (1) <http://wing.buffalo.edu.complaw.p3-4.bug>

ملتزماً بتحقيق نتيجة إلا إذا نص العقد على ذلك كما
بينا سابقاً فيكون فيها ملتزماً بتقديم برنامج يقوم
بالوظيفة التي تم تحديدها حصراً في العقد.
وكل ذلك يستتبع إعطاء المستفيد أو المستخدم
مهلة كافية للتأكد من مواصفات البرنامج وهي ما
تشير إليه أغلب عقود المعلوماتية "بفترة الاختبار"
فلا يستطيع المستخدم أو المستفيد استظهار، عيوب
البرامج في فترة قصيرة بل لا يكون ذلك، إلا من
خلال تشغيلها وأخذ فترة كافية من الوقت للحكم
عليها، فإن لم تؤدي وظائفها أو ظهر بها عيوب فعلى
المتعهد "المبرمج أن يضمن ذلك" وهذا ما سوف
نبحثه في المطلب التالي من التزامات
المتعهد. ويستدل مما تقدم ان التزام المبرمج في
تسليم البرنامج طبقاً للمواصفات المحددة في العقد
هو التزام ببذل عناية .

المطلب الثاني

التزام الضمان

يلتزم المبرمج أو المنتج بعد تسليم البرنامج بضمان
العيوب الخفية التي قد تظهر عليه لاحقاً ويلتزم
كذلك بضمان ما قد يتعرض له المستخدم أو
المستفيد من الغير أو من المبرمج نفسه تعرضاً
قانونياً أو مادياً وذلك تبعاً للقواعد العامة في نظرية
العقد أو للقواعد الخاصة في العقود المسماة كالبيع
والإيجار والمقولة⁽¹⁾.

¹ (1). راجع المواد 433، 434، 439، 447، من القانون المدني
المصري والمواد 193-198، 503-521 من القانون المدني
الأردني والمواد 172 و 173 و 500-510 مشروع مدني فلسطين.

وعلى ضوء ذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، ندرس في الفرع الأول العيوب الخفية في عقود الإعداد وندرس في الفرع الثاني قضية ضمان التعرض والاستحقاق في هذه العقود.

الفرع الأول

العيوب الخفية في عقود إعداد البرامج

توضيح لا بد منه:

يقع على عاتق المنتج أو المبرمج التزام قانوني بضمان العيوب الخفية وذلك عندما نكون بصدد عقد من عقود البيع أو الإيجار بالنسبة لبرامج الحاسب الآلي وذلك إعمالاً لنصوص القانون المدني في كل من مصر والأردن وفلسطين المشار إليها أعلاه: ولكن يذهب جانب من الفقه⁽¹⁾، أن ضمان المنتج أو المبرمج للعيوب الخفية لا يصلح للتطبيق في شأن برامج الحاسب الآلي التي تم التعاقد على تصميمها وتوريدها بحجة أن هذا العقد يعتبر من عقود والمقاوله التي لا ترد على شيء أو على خدمة وإنما يتعلق هذا العقد بالقيام بتنفيذ عمل خاص من خلال إنتاج برنامج خاص بالمستخدم لا يمكن للغير الاستفادة منه ولا يتساوى مع عملية البيع أو الإيجار التي يتم من خلالها ضمان العيب الخفي في مثل هذا النوع من العقود.

فقد ذهب هذا الجانب الى عدم إمكانية إلزام مقاول إعداد البرامج بضمان العيوب وفق القواعد التقليدية منطلقين من أن مسؤولية المقاول حسب القواعد العامة لا تتقرر إلا بشأن العيوب التي أمكن

¹ (1).د/ حسن جميعي عقد برامج الحاسب الآلي- مرجع سابق ص249 ود/أحمد عبد العال أبو قرين ضمان العيوب الخفية وجدواه في محال المنتجات المعيبة- دون ناشر أوسنة نشر ص66-67، د/ محمد لبيب شنب- مرجع سابق ص 119-120

التحقق منها وقت معاينة العمل وإقراره وان القول
بغير ذلك يؤدي إلى التوسع والتمديد في مسؤولية
المقاول على عكس إرادة المشرع، بحيث يرى هذا
الجانِب من الفقه انه في غير الحالات الخاصة بإلزام
المقاول بضمان العمل حسب النصوص الواردة في
عقد المقاولة، فإن المقاول معفي من المسؤولية عن
ضمان العيوب سواء كانت ظاهرة أو خفية منذ تاريخ
قبول المستخدم للعمل أو البرنامج الذي تم تنفيذه
لصالحه⁽¹⁾.

بينما ذهب أغلب الفقه ونحن معه بقبول إقرار
مسؤولية المقاول عن ضمان العيوب الخفية حتى في
عقود مقاولات البناء التي تتسم بأنها تتضمن أشد
صور المسؤولية الخاصة بالمقاول⁽²⁾. ويذهب الفقه
في توضيح ذلك بأنه إذا كان العيب خفياً بحيث أن
المستخدم لم يعلم به وقت القبول ولم يكن في
وسعه أن يكتشفه ولو بذل في معاينة العمل وفحصه
عناية الشخص المعتاد فإن هذا القبول لا يبرئ
المقاول من الالتزام بضمانه ذلك ان القبول باعتبار
انه موافقة من المستخدم على العمل الذي قام به
المقاول وإقراراً منه بان هذا البرنامج مثلاً مطابقاً لما
هو متفق عليه لا يمكن أن يعتد به إلا إذا صدر
والمستخدم عالم بكل ظروف وتركيبات البرنامج،
فإن كان في الظاهر كذلك ثم تبين أن به عيباً خفياً
فلا يمكن أن ننسب إليه أنه أقره على ما به من

¹ (2) د/ محمد لبيب شنب، مرجع سابق فقرة 103، ص 119.
² (1) د/ ثروت فتحي اسماعيل- مرجع سابق ص 258. د/ أحمد عبد
العال أبو قرين- مرجع سابق ص 74. د/ حسن جميعي، عقود برامج
الحاسب، مرجع سابق ص 251 و د/ محمد لبيب شنب- مرجع سابق ص
118 ولقد ايد القضاء المصري هذا التوجه الفقهي فصدر حكم محكمة
النقض المصرية مقرره ان قبول رب العمل لا يعافي المقاول من
ضمان العيوب الخفية وقت التسليم اذا لم يكن يعلمها رب العمل لان
التسليم ولو كان نهائي لا يغطي الا العيوب الظاهرة لرب العمل وقت
التسليم -نقض مدني 13/4/1967 طعن رقم 345 س 18ق-مجموعة
المكتب الفني ص 835 .

عيوب ما دام لا يمكنه اكتشافها ولم يعلم بها وهذا حكم ينطبق سواء كانت العيوب متعلقة بالمواد التي دخلت في صناعة البرنامج أو بالعمل نفسه الذي قام به منتج البرنامج⁽¹⁾.

ويضيف الفقه في هذا المجال أيضاً أن عقد إعداد برامج الحاسب الآلي يعتبر من عقود المعاوضة التي تستوجب الضمان للعيب الخفي لأنه يفرض التزامات على الطرفين وكذلك لأن عقد الإعداد ينص على شيء غير محدد وقت إبرام العقد دائماً هو شيء مستقبلي مما يلزم المبرمج بضمان العيب الخفي حتى يستطيع المستخدم الانتفاع بالبرنامج بالشكل الأمثل ولذلك فإن إمكانية تطبيق الشروط الخاصة بالعيب الخفي في القانون المدني على عقود إعداد برامج الحاسب الآلي هي حاجة عملية قبل: أن تكون مشروعة قانونياً وخصوصاً وأننا قد لمسنا من خلال دراستنا لبعض جوانب هذا العقد ان طبيعته تتحدد بناء على الشروط التعاقدية التي يتفق عليها الأطراف وفي ضوء الهدف من توريد البرامج فإن كان التعاقد على تصميم برنامج لأحد عملائه يعتبر عقد مقاوله مثلاً إلا أن طبيعة هذا الحق الوارد على البرنامج لا يتعارض مع إمكانية التنازل عن الحق المالي في استغلال هذا البرنامج مما يعني إمكانية التصرف في الحقوق الواردة على البرامج وبيعها وإذا كانت طبيعة العقد مثلاً ترخيصاً بالاستعمال فإننا بصدد نظام قانوني يتشابه مع نظام تأجير الأشياء المادية ويعني ذلك إمكانية خضوع العقود الواردة على برامج الحاسب الآلي في هذا النطاق للقواعد القانونية المنظمة لعقد الإيجار ونستخلص من هذا التوضيح أن عقود إعداد برامج الحاسب الآلي وسواء كانت بيعاً أم إيجاراً أم مقاوله تنطبق عليها شروط العيوب الخفية

¹ (2). د/ نصيرة بو جمعة سعدي- مرجع سابق ص 72 و د/ عزة خليل - مرجع سابق 85-112 ود/ حسن جميعي - مرجع سابق ص 252.

وضماتها الواردة في القواعد العامة طالما أمكن إخضاعها لذات النظام القانوني المنظم لهذه العقود⁽¹⁾. وبعد هذا التوضيح وبيان أنه حتى في عقود مقاوله الإعداد فإن الفقه والقضاء متفقان على إلزام المنتج بضمان العيب الخفي خصوصاً وأن هذا العيب يظهر على شكل مادي بطريقة عمل البرنامج ولا علاقة له بحقوق المنتج المعنوية البتة فإننا سنحاول من خلال هذا الفرع تبيان ماهية العيب الخفي في البرامج ولماذا يجب ضمانه و شروط وكيفية التمسك بالعيب الخفي في ضوء الصعوبات التي تكتنفه في عقود الإعداد .

أولاً: تعريف العيب الخفي:

لم يعرف القانون المدني المصري العيب الخفي ولا القانون المدني الأردني أو مشروع القانون المدني الفلسطيني وإنما اقتضرت هذه القوانين على تحديد الشروط الواجب توافرها في العيب حتى يكون موجباً للضمان وقد عرفت محكمة النقض المصرية العيب بأنه (الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع)⁽²⁾. هذا وقد عرفه بعض الفقه بأنه حالة تظهر في المبيع لا تتوفر في مثله وتؤدي إلى الحط من قيمة الشيء أو من المنفعة المرجوة منه⁽³⁾ بينما ذهب البعض الآخر بأنه المنتج الذي لا يقدم الأمان من خلال الصفة الخطرة التي تتوفر فيه⁽⁴⁾. وعرفه الدكتور عبد الناصر العطار بأنه (نقيصة يقتضي

¹ (1) د. نوري حمد خاطر- مرجع سابق ص171.

² (2). قرار نقض 30/10/1989 طعن 988 س 53 ق. نقلاً عن المستشار أنور طلبة مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية- ج 1 منشأة المعارف- الاسكندرية 1996 ص511.

³ (3).د/ محمد لبيب شنب- شرح أحكام عقد البيع- دار النهضة العربية- القاهرة 1962 ص206 و د/ محمد شكري سرور - شرح أحكام عقد البيع- القاهرة 1997 ص500.

⁴ (1). د/ محمد السيد عبد المعطي خيال- المسؤولية عن نقل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم- دار النهضة العربية- القاهرة- 1998 ص25.

العرف سلامة المبيع منها غالباً⁽¹⁾. وترى الدكتورة
عزة خليل ونحن معها أن العيب الموجب للضمان هو
العيب الذي توفرت فيه الشروط التي نص عليها
القانون⁽²⁾.

ومن خلال مضمون هذه التعريفات نلاحظ أن
مضمونها واحد وهو أن هذا العيب خارج عن إرادة
أطراف العقد ولا دخل لهما به أي أنه خارج عن
المعتاد توافر بعد إتمام وإنجاز البرنامج وتسليمه
للمستخدم وحال دون إمكانية انتفاعه به وأكثر من
ذلك فإنه في بعض الحالات يمكن أن يؤدي إلى تدمير
البرنامج وإحداث خللاً كبيراً ينتج عنه خسائر مادية
ومعنوية أيضاً للمستخدم⁽³⁾.

وعلى ذلك وبما أن طبيعة عقد إعداد البرامج تكون
نتيجتها مستقبلية أي أثناء العمل ولا يمكن معرفتها
عند إبرام العقد ولا حتى عند استلام البرنامج أو إجراء
اختيارات مقبولة⁽⁴⁾، لان الطبيعة التقنية والفنية
للبرامج تدل على أنه يمكن أن تظهر عيوبها بعد فترة

¹ (2) د. عبد الناصر توفيق العطار - استقراء لماهية العيب وشروط
ضمانه في القانون المصري - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية -
جامعة عين شمس يوليو 1971 ص 13.

² (3). د/ عزة خليل. مرجع سابق ص 86.

³ (4) انظر في ذلك حادثة مشهورة حدثت في الولايات المتحدة
الأمريكية ونشرتها جريدة نيويورك تايمز في ملحقها التشريعي في
25/ أكتوبر 1990، فيما بين شركة ريفلون ضد شركة لوجيستكون حيث
تعاقدت الأولى وهي شركة كبرى في مجال صناعة مواد التجميل مع
الثانية وهي شركة كبرى في مجال صناعة برامج الحاسب وتوزيعها
على أن تقوم بإنتاج برنامج يتحكم في توزيع الإنتاج والمبيعات لصالح
الأولى في 16/10/1990 فوجئت شركة مواد التجميل (المستخدمة)
بشلل كامل في نظام الحاسب استمر لمدة ثلاثة أيام وأدى إلى تعطيل
مئات العمال عن العمل وتأخر المستخدمة عن القضاء بالتزامات تجاه
عملائها بلغت قيمتها 20 مليون دولار وقد أثبتت تقارير الخبراء أن
السبب في ذلك هو فيروس كان موجود في البرنامج من خلال مراحل
تصنيعه.

Pollack Andrew . Revlon V.Logistication . New York
times. Vol 140 -, pagination p.c1N,l ,oct 25,1990 .

من العمل وليس عند البدء باستخدامها وبالتالي يجب على المبرمج أو المورد ضمان هذه العيوب وفق شروط يجب أن تتوفر فيها حتى يمكن اعتبارها عيوباً مستحقة للضمان أو منشأة له.

ثانياً : شروط العيوب المنشئة للضمان في مجال إعداد البرامج:

يجب أن تتوفر بعض الشروط لكي يعتبر العيب خفياً وموجباً للضمان ففي مجال برامج الحاسب يجب أن يكون العيب قديماً أي موجود في البرنامج قبل تسليمه وان يكون غير ظاهر أثناء عملية التسليم او فترة التجربة وإنما يبدأ بالظهور بعد مرور فترة من الاستخدام بحيث لم يكن المستخدم يعلم به فلو كان على بينة منه فان حقه بالمطالبة بالضمان يسقط هذا بالإضافة الى انه يشترط في هذا العيب أن يكون على درجة من الجسامة التي تحول دون تمكين المستخدم من الانتفاع بالبرنامج بحيث يحدث خللاً يمكن أن يؤدي إلى تدمير كلي أو جزئي للبرنامج وسنحاول فيما يلي بيان مدى انطباق شروط العيب الخفي الذي حددها المشرع المدني سواءً في مصر او في الأردن وكذلك في مشروع القانون المدني الفلسطيني على برامج الحاسب الآلي 1- يشترط في العيب لكي يثبت به الخيار أن يكون العيب قديماً مؤثراً في قيمة المعقود عليه وان يجهله المشتري وان لا يكون البائع قد اشترط البراءة منه⁽¹⁾. وقد

⁴ (2). لا يمكن الاحتجاج بعدم مطابقة البرنامج للمواصفات عند تسليمه بالعيب الخفي وذلك لان عدم مطابقة البرنامج للمواصفات يعتبر شرط من شروط التسليم وبالتالي يتم من خلالها الرجوع على المبرمج من خلال المسؤولية العقدية أي الخلل في تنفيذ العقد أدى الى الإخلال بالتزامات المبرمج العقدية -راجع في ذلك د.احمد عبد التواب بهجت - تطبيقات أحكام القانون المدني بشأن بعض مجالات المهن الفنية والهندسية -دار النهضة العربية - القاهرة 2000 ص 118 .

¹ (1). تنص المادة 447/1 من القانون المدني المصري (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا بالمبيع شيء ينقص من قيمته أو

استقر الفقه على وجوب قدم العيب في الشيء المبيع حتى يكون موجبا للضمان أي أن يضمن البائع العيب الخفي الذي يثبت أنه وجد بالمبيع قبل تسلمه وإن لم يطرأ عليه إلا بعد البيع "الاستخدام وبعبارة أخرى يكون العيب قديماً إذا كان سابقاً في الوصول إلى المبيع على انتقال الملكية للمشتري⁽¹⁾ .

وبتطبيق ذلك على برامج الحاسب الآلي نجد أن العيب الذي لحق بالبرنامج لا يمكن إلا أن يكون قديماً أي ففي مرحلة إنتاج البرنامج لأنها أخصب المراحل للخطأ الذي يحدث عيباً (أي مرحلة تصميم البرنامج وبناءه)⁽²⁾، فإن توفر في العيب القدم وحتى يكون موجبا للضمان فلا بد من عدم معرفة المستخدم به أو مشاهدته له عند التسليم أي لابد أن يكون خفياً سواء عند إبرام العقد أو عند تسلمه للبرنامج وتجربته فإذا كان المستخدم عالماً بهذا العيب أو قادراً على

المنفعة بحسب الغاية المقصودة والمستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ويضمن البائع ولو لم يكن عالماً بوجوده " المادة 173 " من مشروع القانون المدني الفلسطيني جاءت مطابقة للمادة 194 مدني اردني أي نصت على القدم في العيب واشترطته بعكس المشرع المصري الذي لم يذكر كلمة القدم ولكن استقاها الفقهاء من سياق وقصد المشرع في المادة 447.

¹ (2). د/ عبد الرسول عبد الرضا- الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانونين المصري والكويتي- رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة 1974 ص 179 و د/ السنهوري- الوسيط- مرجع سابق- المجلد الرابع ص 722 و د/ اسماعيل غانم- الوجيز في عقد البيع- مكتبة عبد الله وهبة القاهرة 1993 ص 336.

² (?) يشبه بعض الفقه مرحلة بناء نظام معلوماتي ببناء منزل من حيث اعداد الرسوم والتصميمات كذلك فإن بناء أو إنتاج برنامج تسبقه مراحل عدة منها مرحلة تعريف المشكلة المراد بناء برنامج لحلها ثم مرحلة المدخلات و المخرجات ثم تأتي مرحلة كتاب البرنامج (تصميمه) بلغه معينة وسواء كان هذا البرنامج سيتم طرحه للبيع أو سيتم اعداده بناء على عقد مقاوله فهذه مراحل تسبق عملية البيع والتسليم وبذلك طبعاً سيكون العيب قديماً- للتوضيح راجع د/ عزة خليل - مرجع سابق ص 99.

استجلاءه والعلم به بسهولة⁽¹⁾ فإنه يكون من ضمن العيوب الظاهرة التي تعتبر من العيوب التي تم التنازل عنها ضمناً من خلال تسلمه للبرنامج وموافقته أثناء فترة تجربته عليها وهو أي المستخدم عالم بها. علماً بأنه ليس من السهل القول بإمكانية علم المستخدم بالعيب الخفي الذي يتوافر في البرنامج انطلاقاً من ضحالة معرفته وعلمه بأصول وتقنية البرمجة، فالعيب الخفي في مجال برامج الكمبيوتر لا يمكن اكتشافه من قبل الشخص الطبيعي، لأنه يكون غير ظاهر له، فلو تمكن من اكتشافه فلا يعتبر عيباً خفياً لأن المشرع قد اشترط عدم إمكانية تحديد هذا العيب من قبل الشخص الطبيعي لأنه شيء من الأمور الخفية التي لا يمكن بيانها بسهولة، ويتم اكتشافه من قبل خبير في البرمجة بحيث إذا تم اكتشافه من قبل هذا الخبير الذي يقوم بالكشف والفحص المستمر لمثل هذه البرامج يوجب الضمان ويرتب المسؤولية على المبرمج "أو المنتج" لأن العيب في هذه الحالة لم يكن ظاهراً وتم اكتشافه متوافراً به بشرط القدم⁽²⁾. فإن تم تحديد هذا العيب وكان متوفراً في البرنامج قبل تسليمه وتجربته من قبل المستخدم ولم يثبت إن المستخدم باستخدامه الخاطئ أو بعدم التزامه بشروط المبرمج كان سبباً في حدوثه، وكان العيب قد ظهر أثناء الاستخدام للبرنامج فإن المبرمج يكون مسؤولاً عن هذه العيوب وملتزمًا بضمانها هي وأي عيوب مستقبلية تظهر أثناء الاستخدام ويكون المستخدم لا يعلم بها.

⁽¹⁾ (2). راجع المواد 447/2 مدني مصري و 4/ 513 مدني اردني و 515/2- مشروع مدني فلسطيني.

⁽²⁾ (1). د/ محمد ليب شنب/ عقد البيع- مرجع سابق ص 43 ود/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص 256-259.

2/ أن يكون العيب مؤثراً: لكي يستطيع المستخدم الادعاء بوجود العيب الخفي فقد اشترط المشرع أن يكون هذا العيب مؤثراً بالإضافة لكونه قديماً وخفياً، ويكون العيب مؤثراً إذا تم حدوث نقص في أداء الوظيفة المرادة من البرنامج ويرجع في تحديد الوظيفة أو المنفعة التي أرادها المستخدم من البرنامج إلى عدة معايير يتم من خلالها تحديد مدى تأثير العيب الخفي على البرنامج، فالعيب المؤثر يكون على قدر من الأهمية بحيث لو علم المستخدم بمدى تأثيره قبل التعاقد لامتنع عن التعاقد وقام بالبحث عن برامج أو عروض أفضل تحقق غايته⁽¹⁾. وبالرجوع إلى المادة 447 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى نجد أن فيها معايير تحدد توافر المنافع المقصودة من الشيء من عدمها وهو في حالتنا البرنامج محل العقد وهذه المعايير تتسم بالطابع الموضوعي وهي الغاية التي تم إعداد البرنامج من أجلها وبالتالي لا يعتد بالعيب الخفي، إلا إذا كان ينتقص من مقدرة المستخدم من الانتفاع من البرنامج حسب الغاية التي تم من أجلها إعداد هذا البرنامج⁽²⁾.

ولكون المعيار موضوعي في تحديد هذه الغاية فيجب النظر إلى طبيعة البرنامج مع تأثير هذا العيب على المنفعة المرجوة منه أو الوظيفة المناطة به، ويرجع في تحديد ذلك إلى علم المبرمج بهذه الغاية ووضوحها بالنسبة إليه، فقد تكون واضحة وظاهرة ولكن يختلف الطرفين في تفسيرها فالمستخدم يقصد بها شيء والمبرمج يتوصل إلى شيء آخر وبالتالي لضمان العيب الخفي يجب على الطرفين

¹ (1). د/ محمد لبيب شنب- عقد البيع- مرجع سابق ص 209-211. د/ محمد شكري سرور - شرح احكام عقد البيع- القاهرة- 1997 ص 515.
² (2). د/ محمد شكري سرور- مرجع سابق ص 514 و د/ حسام الدين الأهواني- عقد البيع- مرجع سابق ص 631.

العلم بالغاية الظاهرة والمنفعة المرجوة من الاستخدام وان تلك الغاية وطبيعة البرنامج أدت إلى إبرام العقد وإنتاج البرنامج⁽¹⁾. والغرض الذي أعد من أجله البرنامج، فإن أثر العيب في الغرض من إعداد البرنامج كان المقصود من إعداده استخدامه في عدة أمور فتبين عدم مقدرة على معالجة أمر منها أثناء الاستخدام فإن هذا يعتبر عيباً خفياً يوجب مسائلة المبرمج وبالتالي ضمانه لهذا العيب لان الغرض لم يتحقق كاملاً وبالتالي لم تتحقق الغاية من التعاقد بأن قام المبرمج بالإخلال بطبيعة البرنامج. وبالتالي يمكن القول أن مقياس مدى تأثير العيب على البرنامج ما هو إلا قياس مادي أو موضوعي يتجسد في كون هذا العيب يعيق القدرة من الانتفاع بالبرنامج مما يؤثر في قدرته الإنتاجية ويؤثر بالتالي على الغرض الذي تم من أجله إعداد البرنامج والتعاقد عليه ويمكن اعتماد اتفاق الأطراف وغاياتهم من التعاقد على طبيعة معينة للبرنامج معايير تمكن من استظهار مدى توافر وتأثير العيب الخفي الموجب للضمان⁽²⁾.

إذا توافر هذين الشرطين فإن المبرمج أو المنتج يكون مسؤولاً عن ضمان العيب الخفي المتواجد في البرنامج من قبل والذي لم يتمكن المستخدم من اكتشافه لحاجته إلى خبرة فنية وتقنية غير متوفرة وهي بحاجة خبير في البرمجة (رجل معتمد) بالإضافة لكون هذا العيب مؤثراً وجسيمياً بحيث لم تتحقق به الغاية المرجوة من البرنامج أو الوظيفة المناطة به والتي من أجلها تم التعاقد تتم مسائلة المبرمج أو المنتج عن هذه العيوب أو هذا العيب، أي

¹ (3).د/ حسام الدين الأهواني-عقد البيع مرجع سابق، ص 672، د/ محمد لبيب شنب- عقد البيع- مرجع سابق ص 209.

² (1). د/ حسام الدين الأهواني- مرجع سابق، ص 673.

أن ارتباط هذين الشرطين ضروري لتوافر العيب وبالتالي مسألة المبرمج⁽¹⁾. هذا مع العلم أن العيب الخفي لا يعتبر مؤثراً إذا جرى العرف والتعامل التجاري على التسامح فيه⁽²⁾.

ثالثاً: أسباب ضمان العيب الخفي في عقود الأعداد

بعد أن وضعنا ماهية العيب الخفي واتفقنا على أن أحكامه تنطبق على عقد المقاولة كما في العقود الأخرى وبعد أن بينا شروطه في مجال إعداد البرامج يثار السؤال عن السبب أو الدافع الذي أوجب ضمان هذا العيب من قبل المبرمج والذي يقود في الإجابة عليه وبحثه إلى بحث العلاقة فيما بين أطراف العقد التي توجب هذا الضمان هل هي علاقة عقدية ؟ على الرغم من تنفيذ العقد بقبول البرنامج وتسليمه وبالتالي انتهاء العقد أم هي علاقة غير عقدية وخصوصاً عندما يفي أطراف العقد بالتزاماتهم كافة وبالتالي يكون العقد قد تم تنفيذه؟ في البدء نقول أنه يتوجب أن يكون هناك عقد أبرم لأعداد البرنامج وأن هذا العقد قد تم تنفيذه وتسليمه للمستخدم وكان خالياً من العيوب عند فحصه

1 (1). د/ عزة خليل- مرجع سابق ص101-104.

2 (2). تنص المادة 448 مدني مصري (لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه) تقابل المادة 512/1 مدني أردني و 516 مشروع مدني فلسطيني. وقد جرى عرف صناعة البرمجيات على التسامح في أخطاء بنسب لا تتجاوز 10% من وظائف البرنامج وجرى العرف على التسامح في قضية الفيروسات طالما لم يثبت وضعها خصيصاً من قبل المبرمج أثناء مرحلة التصميم ليقوم بتشغيلها، في أي وقت يشاء تحقيقاً لغاية معينة منها عدم دفع المستخدم للمقابل المادي فيقوم بالضغط عليه أو اجبار المستخدم على التعاقد معه = على الصيانة أو إعادة البرمجة... الخ، راجع في ذلك د/ فاروق الحفناوي/ موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات. عقود البرمجيات ص80-85 و د/ عزة خليل- مرجع سابق ص85-105 و

Richard Rays man and peter broun . computer law.p.r.p6-8

واختباره ومن ثم قبوله والبدء باستخدامه، لكون هذا العقد من قبيل عقود المقابلة يتوجب على المبرمج أن يلتزم بضمان العيب الخفي انطلاقاً من كونه هو من صمم ونفذ "أعد" برنامج الحاسب وفق احتياجات وطلبات المستخدم لكي يتمكن المستخدم من الانتفاع بالبرنامج ويحقق غايته منه⁽¹⁾. وبالتالي فإن ضمان العيب في هذا العقد نشأ نتيجة لالتزام المبرمج بإعداد برنامج في مقابل مردود مالي وبالتالي فإن المبرمج هو الملتزم بالضمان فيما لو ظهر عيب مس وخط من الوظيفة والغاية الأساسية التي يسعى إليها المستخدم⁽²⁾، ونلاحظ أن المشرع قد ساوى فيما بين المبرمج المحترف والمبرمج غير المحترف المحترف. انطلاقاً من الالتزام العقدي بالإعداد⁽³⁾.

وبهذا يكون المبرمج والمستخدم تربطهما علاقة عقدية وبالتالي فإن مسؤولية المبرمج في ضمان العيب الخفي تكون مسؤولية عقدية إذا ما توافرت شروطه بأن كان متوافقاً قبل التسليم وأثر على الانتفاع بالبرنامج تأثيراً جوهرياً وهذا فيما إذا قدم المبرمج المواد الأولية التي تم إعداد البرنامج من خلالها وتحميل البرنامج عليها "الوسائل والبرنامج" أما إذا تم تقديم الوسائل (المواد) من قبل المستخدم فإن المبرمج لا يكون مسئوفاً عن ضمان العيوب الخفية التي تنشأ نتيجة خلل في المواد لأن هذا ليس عيباً في البرمجة وإنما عيب بالوسائل والمواد التي

¹ (1). د/ أحمد عبد العال أبو قرين/ مرجع سابق ص111.

² (2). د محمد ليبب شنب- عقد المقابلة- مرجع سابق ص122-123- د/ السنهوري- الوسيط- مرجع سابق- المجلد ج1، ص108.

³ (3). د أحمد عبد العال أبو قرين- ضمان العيوب- مرجع سابق ص 110-112 ود/ محمود السيد عبد المعطي خيال- المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم- دار النهضة العربية- القاهرة 1998- ص14.

تم استخدام البرنامج من خلالها⁽¹⁾ ويرجع سبب الضمان الرئيسي إلى الخلل في تصرفات المبرمج سواءً في التصميم أو في الإعداد أو في الوسائل المستخدمة في التعامل مع البرنامج أو في طريقة تحميل البرنامج ... الخ المهم في ذلك أن يكون هذا الخلل خطي وقديماً (أثناء مرحلة الإعداد والتصميم) وأن يكون مؤثراً على إمكانية الاستفادة الجوهرية من عمل البرنامج وأن لا يكون من العيوب التي جرى التسامح بها في سوق البرمجيات، هذا بالإضافة إلى كونه نتج عن غير قوة قاهرة أو ظرف طارئ لا علاقة لإرادة المبرمج وعمله فيهما وذلك حسب القواعد العامة⁽²⁾.

رابعاً/ كيفية الضمان في عقود الإعداد:
فرضت التشريعات المدنية كما رأينا سابقاً ضمان العيب الخفي من قبل المبرمج انطلاقاً من العلاقة العقدية التي تربط بين طرفي العقد وترتب التزامات على الطرفين يكون بموجبها المبرمج مسؤولاً عن تصرفاته التي أدت إلى ظهور عيوب خفية وذلك بإصلاحها والحد من أثارها السيئة عبر إزالتها ومعالجتها وتحمل

¹(1)- د . محمد لبيب شنب - عقد المقاوله - مرجع سابق - ص 96 .
وانظر المواد 647 و 649 و 652 من القانون المدني المصري ، وهي
تقابل المواد 783 و 786 و 789 مدمي اردني ، والمواد 804 و 807 ،
809 مشروع مدني فلسطيني

(2) --. د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاوله- المرجع السابق- ص 135.
ود السنهوري، المرجع السابق ص 126. د/ محمد شكري سرور مرجع
سابق ص 512- 516.

²(3) -. تنص المادة 653 من القانون المدني المصري (يكون باطل كل شرط يقصد به اعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه) وهي تقابل المادة 790 من القانون المدني الاردني والمادة 810 من مشروع القانون المدني الفلسطيني وكذلك راجع المواد 444 و 464 مدني مصري و 514 و 515 من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

مسؤولياته عما لحق بالمستخدم من أضرار مادية ومعنوية في هذا السياق علماً بأن هذه التشريعات عينها قد أبطلت أي اتفاق يعقد بين الطرفين ويكون الهدف منه إعفاء المبرمج من ضمان العيب الخفي أو تخفيف مسؤوليته عنه (3) انطلاقاً من أن هذا العقد هو من العقود التي تتسم بعدم التوازن ما بين الأطراف من حيث الخبرة التقنية والفنية والمهارة في إعداد محل العقد من جانب المبرمج بينما المستخدم لا يكون لديه إلمام بهذه الأمور مما يستوجب اعتبار الاتفاق على الإعفاء من الضمان باطلاً وخصوصاً ما لمسناه في الصفحات السابقة عبر بحثنا لقوانيني حماية المستهلك في هذا المجال إلا أن التشديد في شروط الضمان ومسؤولية المنتج لا توجب أي مخالفة قانونية وهي من الأمور المباحة قانوناً حماية للطرف الضعيف⁽¹⁾.

فإن رفض المبرمج ضمان تلك العيوب فإن نصوص القانون تسعف المستخدم وذلك بالسماح له برفع دعوى قضائية يطلب من خلالها التنفيذ العيني بإعادة الحال إلى ما كانت عليه من خلال إصلاح العيب وإزالته هو والآثار التي نجمت عنه⁽²⁾ مع التعويض عن الضرر إذا كان مؤثراً ونجمت عنه خسائر فإن كان العيب الذي لحق بالبرنامج جسيماً لا يمكن إصلاحه ولا يمكن السيطرة عليه فيكون للمستخدم المطالبة بالتعويض المناسب عن الضرر الذي لحق به جراء هذا العيب، أما إذا كان هناك مجالاً للتنفيذ العيني بإعادة إصلاح البرنامج وإزالة الخلل فيكون للمستخدم المطالبة بالتعويض عن عدم الانتفاع بالبرنامج خلال

¹ (1) د/ أحمد عبد الرحمن الملحم- نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة- مرجع سابق ص250 وما بعدها ود/ محمد حسن قاسم- مرجع سابق ص524 د. عادل أو هشمية- مرجع سابق ص115-118.

² (1) . د/ محمد لبيب شنب- عقد المفاوضة- مرجع سابق ص147.

الفترة الزمنية التي تم إصلاح البرنامج فيها، علماً أن سلطة القاضي تخوله الحكم على المبرمج بدفع تعويض مباشر عبر الحكم بتغريمه تكاليف الإصلاح والبدل المادي للضرر الذي وقع على المستخدم سواء بتعطيل أعماله أو بما فاته من كسب بسبب العيب في البرنامج دون الحكم عليه بالتنفيذ العيني⁽¹⁾. وهناك شركات برمجة تقوم بسحب البرامج من الأسواق أو من عند عملائها فور اكتشافها وجود عيوب فيها وتقوم بإصلاحها أو استبدالها فوراً وهذه من التصرفات التي تظهر حسن نوايا هذه الشركات "المبرمج أو المنتج" وذلك عبر دلالة عدم توقعها أو معرفتها بوجود العيوب وقبل أن يتم اكتشافها من قبل المستخدمين⁽²⁾ ويعتبر التزام المبرمج لضمان العيوب الخفية التزام بتحقيق نتيجة وهي عدم حدوث أي خلل في البرنامج ويكفي لإنشاء الالتزام إثبات أن هناك عقداً لإعداد برامج قد تم وأن هذه البرامج قد لحقها عيب حال دون الانتفاع بها توفرت فيه شروط العيب الخفي لتقع بذلك مسؤولية المبرمج عن ضمان هذا العيب سواء بإصلاحه وإعادة الحال كما كانت قبل حدوثه أو بالحكم بالتعويض أو أي طريقة قانونية تراها محكمة الموضوع⁽³⁾، أما إذا حدث العيب أو الخلل بسبب سوء استخدام المستخدم كما بينا سابقاً أو بسبب ظروف طارئة أو قوة ظاهرة مثل زيادة شدة التيار الكهربائي أو أن المستخدم قدم معلومات خاطئة للمبرمج كانت سبباً في حدوث العيب أو قدم مواد معيبة فكل ذلك يخرج من دائرة العيوب التي يضمنها المبرمج.

¹ (2). د/ محمد السيد عبد المعطي خيال- مرجع سابق ص 100 و د/ نوري حمد خاطر- مرجع سابق ص 167-170.
² (1) راجع تفاصيل ذلك د/ عزة خليل- مرجع سابق- مياً حسن النية في تنفيذ العقد وتطبيقاته على البائع المهني للبرامج- ص 162-176.
³ (2). د. حسن جميعي - عقود برامج الحاسب - مرجع سابق ص 260-264.

ويبقى أن نشير أخيراً إلى أن المستخدم ملزم بإبلاغ المبرمج فوراً وبأسرع وقت ممكن بحدوث الخلل أو العيب وذلك بإمكانية تداركه بسرعة من قبل المبرمج "الخبير" قبل أن يتفاقم ويدمر برامج وإمكانيات أكبر، وعلى ذلك تنص أغلب عقود البرامج سواء النموذجية أم ذات الشروط الخاصة⁽¹⁾

الفرع الثاني

عدم التعرض في عقود الإعداد

تمهيد :

من القواعد المستقرة أنه يمتنع على البائع المهني (الصانع أو المورد) القيام بأي عمل يكون من شأنه حرمان المشتري "المستخدم من المبيع كلياً أو جزئياً أو

الانتقاص من قدرته على الانتفاع به الانتفاع الأمثل سواء تم ذلك بتعرض البائع مادياً أو قانونياً للمستخدم وسواء تم هذا التعرض بطريق مباشر أو غير مباشر.⁽²⁾

وقد بين القانون المدني المصري مضمون ذلك في نص المادة 439 منه التي نصت على "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمعيب كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أم من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان

¹ (3) . راجع في هذا الشأن د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات مرجع سابق ص 140- 141 وهوامشها وتشير هذه الاتفاقيات دائماً إلى أن المبرمج مسؤول عن ضمان هذه العيوب في حال تبلغ خلال ساعات بحدوث الخلل أو حتى أقل من ذلك وكذلك تحت شروط معينة منها الاستخدام الصحيح للبرامج وعدم نسخها أو تعديلها أو إعادة إنتاجها وكذلك عدم إجراء تدخلات في الدعم الفني أو السماح للغير بمعالجة أي خلل والاطلاع على بروتوكولات البرامج- راجع أيضاً نفس المرجع- ص 190- 195.

² (1). د/ جاسم علي ناصر- ضمان التعرض والاستحقاق في العقود- رسالة دكتوراه- كلية الحقوق جامعة القاهرة 1990 ص 40 ود/ عزة خليل- مرجع سابق ص 53- 56.

الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه)⁽¹⁾ ومقتضى ذلك أن البائع يضمن تعرضه الشخصي المادي و القانوني أما تعرض الغير فلا يضمنه البائع إلا إذا كان مستنداً إلى الإدعاء بحق على المبيع وهو لا يكون إلا تعرضاً قانونياً "أي أن البائع يضمن تعرض الغير القانوني دون المادي"⁽²⁾. وبتطبيق ذلك على برامج الحاسب الآلي نلاحظ أن التعرض القانوني من قبل البائع المهني "الصانع أو المورد" للبرنامج أو من قبل الغير للمستخدم حدوثه نادراً الوقوع ولا توجد له تطبيقات خاصة في عقود الإعداد ولا يتصور حدوثه إلا في حالة واحدة وهي في البرامج التي تعد خصيصاً لخدمة أغراض منشأة معينة فيما لو قام المبرمج أو الصانع ببيع نسخة طبق الأصل من البرنامج الذي أعده للمستخدم إلى مستخدم آخر مخلاً بذلك بشروط العقد وقام الآخر بمنازعة الأول في ملكية البرنامج أو البرامج⁽³⁾ وهذه حالة نجد الحلول لها في قوانين الملكية الفكرية التي كانت مجال بحث في الفصل الأول من هذا الباب. أما التعرض المقصود حدوثه في مجال إعداد البرامج من قبل البائع المهني للبرنامج هو التعرض

¹ (2) . تقابل المواد 503 و 509 مدني أردني والمادة 508 مشروع مدني فلسطيني.

² (1). د/ سليمان مرقص- الوافي في عقد البيع- مطبعة السلام - القاهرة 1990 ص 515-520 و د/ جاسم علي ناصر- مرجع سابق ص 41.

³ (2) . يستبعد العاملون في هذا المجال مثل هذه التصرفات من المبرمجين لأن فيها إخلال بشرف المهنة وفيها بنود عقدية ملزمة وذات شروط جزائية عالية ويقولون أن من يقوم بذلك يحكم على نشاطه المهني بالإعدام ولم تسجل الدراسات لغاية الآن قيام منتج أو مبرمج برنامج أعد خصيصاً لمستخدم معين ببيعه مرة أخرى لمستخدم آخر لمزيد من التفاصيل يمكن مراجعة

Peter J. Denning-computer under Attack- ACM. Press. USA- 1999. P285.

وانظر كذلك فاروق الحفناوي قانون البرمجيات- مرجع سابق ص 156 و ما بعدها الملكية في عقود البرمجيات ص 172-176.

الذي لا يستند فيه البائع إلى الإدعاء بحق والذي درج
الفقه على تسميته بالتعرض المادي والذي قد يكون
مباشرة وقد يكون غير مباشر⁽¹⁾ وبالتالي هذا ما
سنحاول بحثه من خلال هذا الفرع محللين مدى
انطباق القواعد العامة في الالتزام بضمان التعرض
المادي على تعرض البائع المهني للمستخدم المتعاقد
على إعداد برامج معلوماتية وجزاء إخلال البائع
المهني بهذا الضمان.

أولاً: التعرض المادي

يتمحور الالتزام بعدم التعرض المادي في التزام
البائع المهني بالامتناع عن كل فعل مادي من شأنه
أن ينتقص أو يحول دون انتفاع المستخدم بالبرنامج
محل العقد وما ترتب له من حقوق بموجب عقد
الإعداد، الأمر الذي يوجب عليه أن يمتنع عن أي فعل
يحول بينه وبين غايته أو أن يعكر تمام القدرة على
الاستفادة من البرنامج محل العقد⁽²⁾ بحيث يكون
الالتزام البائع من هذه الناحية هو التزام بالامتناع عن
عمل وهو هنا كما أسلفنا كل عمل من شأنه أن يعكر
صفو استخدام المستخدم لبرنامج الاستخدام الأمثل،
فقد يقوم المبرمج بمنح الرقم السري الخاص
بالبرنامج إلى شخص آخر بحيث يستطيع هذا الآخر
استخدام البرنامج أو الاتصال به عن بعد وتفرغ
محتواه أو أن يقوم هو نفسه بزراعة فيروس⁽³⁾ معين

¹ (1). راجع في ذلك - د. خالد مصطفى فهمي- مرجع سابق ص141-
175. ود/ حمدي عبد الرحمن- مرجع سابق ص480-499.

² (2). د/ جاسم علي ناصر- مرجع سابق ص54. ود/ عزة خليل - مرجع
سابق ص58.

³ (1). الفيروس في اللغة- ذلك الكائن الدقيق الذي لا يرى بالمجهر
العادي وينفذ من الراشحات البكتيرية و يحدث بعض الأمراض- انظر
في ذلك المعجم الوجيز الصادر عن مجمع اللغة العربية - القاهرة
1990 حرف ف ص486 وفي برامج الحاسب فإن كلمة فيروس يقوم
بنفس عمل الفيروس الطبيعي ولكن يكون على شكل برنامج حاسب
تدميري [أي أن الفيروس نفسه برنامج] يتم تصميمه بطريقة تعطيه
القدرة على ربط نفسه ذاتياً ببرامج أخرى ثم يتكاثر ويتوالد ذاتياً في

في البرنامج المبيع بعد تسليمه، للمستخدم المتعاقد معه إخلالاً منه بالالتزام بضمان تعرضه الشخصي "المادي" بحيث يفاجأ المستخدم بعد أن تسلم البرنامج من بائعه المهني بالشلل في النظام المعلوماتي وهو هنا يقوم بذلك بسبب رغبته في الإثراء على حساب المستخدم وإصلاح الأعطال التي تصادفه بمقابل خصوصاً إذا كان عقد الصيانة غير متوفر أو قد انتهت مدته أو في حالات أخرى يكون البائع المهني نفسه قد تم شراؤه من قبل منافسي المستخدم⁽¹⁾.

وقد يتمتع المبرمج عن تسليم الرقم السري "المفتاح" الذي به يستطيع المستخدم الاتصال بالبرنامج الذي يعمل به الحاسب فهذه أيضاً صورة من صور التعرض المادي والتي يضمنها المبرمج فالمعروف أنه إذا قام المبرمج بإعداد نظام معلوماتي وسلمه للمستخدم يكون قد تنازل عن حقوق استعمال أو استغلال هذا البرنامج "حسب الحال" فليس من حق هذا المبرمج أن يستمر في استغلال هذا البرنامج "إلا إذا تم الاتفاق على ذلك" سواء استغلاله مباشرة منافسة للمستخدم أو السماح للغير باستعماله واستغلاله.

ففي كل هذه الحالات يمكن للمستخدم أن يلجأ إلى قواعد التعرض والاستحقاق لضمان حقه⁽²⁾

أجزاء من الثانية وينتشر بين هذه البرامج ويدمرها أو يشلها عن أداء وظائفها لمزيد من التفصيل راجع د/ علاء الدين فهمي وآخرون مومسوعة دلتا كمبيوتر2 مرجع سابق ص13. ود/ عزة خليل - مرجع سابق ص32- 36 و

David Ferbrache- Pathology of computer Viruses=- Springer- Vewlay- London- Ltd 1992. p233

(2) . د/ عزة خليل- مرجع سابق ص 77 والهامش .

(1) . طبعاً يمكن له الرجوع إلى قوانين الملكية الفكرية "حقوق المؤلف" التي تمنع المؤلف من استغلال مصنّفه استغلالاً مادياً إذا تنازل عنه للغير راجع المادة 149- ملكية فكرية مصري والمادة 46 و 52 من قانون حق المؤلف الأردني- راجع الفصل الأول من هذا الباب ص188.

بالإضافة إلى فرصته في اللجوء إلى قوانين الملكية الفكرية وبالذات عند تطرقها للاستنساخ غير المشروع للبرنامج⁽¹⁾ والتي تشكل صورة أخرى من تعرض المبرمج أو السماح للغير بالتعرض للمستخدم. فإن أراد المستخدم التمسك بقواعد التعرض والاستحقاق التقليدية فلتطبيق ذلك ولإلزام المبرمج بضمانها يجب أن يتوافر شرطين وهما:

1. أن يكون من شأن هذا التعرض أن يحول كلياً أو جزئياً من انتفاع المستخدم الانتفاع الأمثل من البرنامج وذلك تطبيقاً للمادة 439 مدني مصري المشار إليها سابقاً وحيث أن قيام المبرمج بالتعرض للمستخدم عبر الطرق التي تحدثنا عنها في هذا الفرع أو طرق أخرى كثيرة في هذا المجال بالتأكد ستحول دون انتفاع المستخدم الانتفاع الأمثل بالبرنامج محل العقد فتفعيل فيروس معين مثلاً أو وضعه في البرنامج عبر أي طريقة كانت ستعني بالتأكد دمار كلي أو جزئي للبرنامج مما سيحول دون قيامه بواجباته على نحو نمطي أو مثالي.

2. أن لا يستند المبرمج في تعرضه للمستخدم إلى حق يستمدّه من القانون أو من العقد بحيث إذا استند البائع المهني في تعرضه إلى بند قد نص عليه عقد الإعداد نفسه أو إلى حق كفله له القانون فلا يعتبر ذلك تعرضاً، فلا تعارض مثلاً بين ضمان البائع للتعرض وبين مطالبة للمشتري أو المستخدم بدفع الثمن وقيامه بالتنفيذ القهري على البرنامج بعد أن انتقل الحق في استغلاله إلى المستخدم وذلك استيفاءً للثمن، فليس للمستخدم

¹ (2). راجع المواد 181/ ملكية فكرية مصري و 52 حق مؤلف أردني. راجع أيضاً د/ شحاتة غريب شلقامي- برامج الحاسب الآلي والقانون مرجع سابق ص 114- 118.

دفع ذلك بضمان البائع المهني لتعرضه⁽¹⁾، وهذا الشرط ادعى في تطبيقه عندما يقوم المستخدم بعدم الالتزام بالسرية مثلاً أو أي بنداً آخر من بنود العقد وخصوصاً فيما يتعلق بحيازته نسخة من برنامج المصدر أو نسخة احتياطية من البرنامج الذي تم إعدادهِ وتصرفه فيهما فما يحدثه الفيروس مثلاً إذا ما تم زراعته في البرنامج اقتضاءً لحق لم يحم المستخدم بالوفاء به فهذه جريمة معلوماتية وليس تعرضاً في سبيل الحصول على حق معين أو تنفيذاً لبند في عقد الإعداد.⁽²⁾ فإذا ما تحقق الشرطان السابق بيانهما فلا مجال أمام المبرمج إلا أن يضمن هذا التعرض ويقوم بمعالجته أو التعويض عنه أو إزالته ويقع باطلاً كل شرط مخالف فقد نصت المادة 446 "مدني مصري" في فقرتها الأولى [إذا اتفق على عدم الضمان بقي البائع مسؤولاً عن أي استحقاق يقع بفعله ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك].⁽³⁾ أما بخصوص التعرض المادي الصادر من قبل الغير للمستخدم فحسب القواعد العامة فإن المبرمج أو البائع المهني لا يضمن تعرض الغير للمستخدم تعرضاً مادياً إذ سلطان للمبرمج على الغير ما إلا إذا كان هذا الغير من تابعي المبرمج⁽⁴⁾ وكذلك في هذه النقطة تحديداً أي التعرض الصادر من الغير فإن قواعد قوانين الملكية الفكرية تسعف المستخدم في هذا المجال كما رأينا سابقاً خصوصاً إذا كان قد حصل

¹ (1). د/ خميس خضر- شروط تحقيق التزام البائع ضمان تعرضه الشخصي وتعرض الغير- مجلة القانون والاقتصاد- جامعة القاهرة السنة 45- 1975 ص93. د/ اسماعيل غانم- الوجيز في عقد البيع- مكتبة عبد الله وهبة/ القاهرة 1963، ص304.

² (2). د/ عزة خليل - مرجع سابق ص68- 69.

³ (1). . تقابل المادة 503 و 506/1 مدني أردني و 514 /4 مشروع مدني فلسطيني.

⁴ (2). د/ نوري حمد خاطر - عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص184.

على تنازل من المبرمج عن حقوق استغلال البرنامج "مالياً" وتبعاً لذلك سيكون فوراً التعرض الصادر من الغير تعرض قانوني حسب رأينا وليس مادي وذلك تبعاً لنصوص قوانين حق المؤلف في هذا المجال والتي تسعف المستخدم في الدفاع عن هذا التعرض ليس عن طريق القواعد التقليدية في ضمان التعرض والاستحقاق بل عن طريق قواعد قوانين الملكية الفكرية التي امتلك بموجبها حق استغلال البرنامج مالياً وذلك لأن المبرمج عندما تنازل للغير عن استخدام هذا البرنامج كان قد أخل بالتزامات مع المستخدم تقيده بعدم التنازل عن حقوق الاستغلال لشخص آخر ليزاحمه في عمله.

ثانياً/ جزاء إخلال البائع المهني بضمان التعرض والاستحقاق

اتفقنا سابقاً على أن التعرض المتصور والصادر من البائع المهني للبرامج للمستخدم أو حتى من الغير هو التعرض المادي وعلى ذلك فإذا وقع هذا التعرض وتوفرت شروطه فإن المستخدم ليس أمامه إلا أن يتدخل لإجبار المبرمج على القيام بواجبه بإيقاف التعرض الصادر منه أو من الغير، فإن كان الاعتداء على البرنامج قد حصل فإن ذلك يؤدي إلى تحريك دعوى الضمان والجزاءات المترتبة عليها، وهذا الضمان يعطي لمن تقرر من أجله المطالبة بالتنفيذ العيني ووقف أعمال التعرض وله أن يطالب الحكم بالغرامة التهديدية عن كل عمل يقوم به البائع ويتعرض به للمشتري أو التنفيذ بمقابل أو حبس الثمن أو ما تبقى منه أو الفسخ لعدم التنفيذ والتعويض إن كان له مقتضى⁽¹⁾.

¹ (1) . انظر المواد 212 و 213/1 أو 214 من القانون المدني المصري وهي تقابل 203 و 355 و 359 من القانون المدني الأردني والمواد 202 و 207 و 260 و 270 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

وبتطبيق ذلك على عقود الإعداد نلاحظ أن البائع المهني بصفة عامة وسواء كان عقد الإعداد "بيع أم مقاوله" يقع عليه التزام بضمان الانتفاع بالبرنامج انتفاعاً غير منقوص وهو الأمر الذي يفرض عليه أن يمتنع عن كل فعل من شأنه أن يحول بين المستخدم وبين الانتفاع بالبرنامج أو الانتقاص من هذا الانتفاع فإن أخل البائع المهني بهذا الالتزام وجب عليه الجزاء الذي رتبته القانون عن الإخلال به، ونحن نرى أن الخسائر من تلف برنامج معين نتاج التعرض له قد تكون فادحة كضياع معلومات مهمة أو تعديلها أو التوقف عن العمل أو الشلل في حركة المنشآت أو ضياع الوقت لذلك نرى أن يشمل الجزاء أكان تنفيذ عيني أو أي شيء آخر أن يشمل تعويضاً عما لحق المستخدم من أضرار نتيجة هذا التعرض بحيث يكون التعويض عادلاً انطلاقاً مما للتكنولوجيا من دور رئيسي في حياتنا المعاصرة إذ تتوقف عليها تنظيم أغلب شؤوننا في هذا العصر.

وإذ تعدد صانعو البرنامج الواحد فإن تعرض أي منهم إلى المستخدم في الجزء الذي صنعه من البرنامج سيؤدي حتماً إلى تلف في الأجزاء الأخرى أو إلى تعطل لأن البرنامج وحده واحدة كل عملية بها مترتبة على الأخرى، وبذلك فلا يقال إن البقية غير مسئولين عن هذا التعرض فالالتزام بضمان التعرض الشخصي التزام بامتناع عن عمل كما أسلفنا لذلك فهو لا يقبل الانقسام بطبيعته ولا يتصور فيه التجزئة، فهم كلهم مسئولين أمام المستخدم بعدم تعرض أي منهم إليه في برنامجيه أو في جزء من برنامجيه⁽¹⁾.

ومن مميزات الالتزام بضمان التعرض في التشريع المدني المصري أن هذا التزام مؤبد وأنه ينتقل إلى

¹ (1) . د/ اسماعيل غانم- مرجع سابق ص206 و د/ عزة خليل- مرجع سابق ص54 و 82.

الورثة⁽¹⁾، فلا يجوز للبائع المهني أن يتعرض للمستخدم المتعاقد معه مهما طال الزمان على انعقاد التصرف ولو حتى بعد مضي خمس عشرة سنة.

ومن مميزات ضمان التعرض والتي تسعف المستخدم أيضاً وكما أسلفنا بطلان شرط عدم ضمان البائع المهني لتعرضه الشخصي حسب المادة "446/1 مدني مصري" السابق الإشارة إليها وبالتالي يصبح الالتزام بضمان التعرض من النظام العام فلا يجوز بناءً على ذلك أن يشترط البائع المهني للبرامج على المستخدم عدم مسؤوليته عن تعرضه الشخصي فإن هذا الشرط يعتبر كأن لم يكن في التشريع المصري والمشروع الفلسطيني ويجعل من البيع فاسداً في التشريع المدني الأردني فيما لو استحق البرنامج للغير بفعل البائع المهني نفسه⁽²⁾.
فإن أضفنا إلى كل ذلك ما يميز عقد الإعداد من ناحية عدم التوازن التقني والمعرفي والاقتصادي وحتى الخبرة القانونية فيما بين أطرافه وإن أضفنا أن القاضي "قاضي الموضوع" في أغلب الأحيان يكون نصيراً للطرف الضعيف في هذا العقد خصوصاً إذا كنا أمام ما يشبه عقد الإذعان وإذا أضفنا أن الشك في مثل هذه العقود عادة ما يفسر لصالح

¹ (1) . د/ محمد سعد خليفة- مرجع سابق- ص 104- 106. ود/ سليمان مرقص - مرجع سابق ص 395 وما بعدها ود/ محسن شفيق - مرجع سابق ص 59 وهو كذلك بالتشريع المدني الأردني ومشروع القانون المدني الفلسطيني راجع المواد 520 من القانون المدني الأردني و 532 من مشروع القانون المدني الفلسطيني وهما منحتا ورثة المشتري حقوقاً عند البائع في ضمان العيب الخفي ونعتقد بينه المشرع بانسحاب ذلك عند التعرض أيضاً راجع في ذلك المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني- مرجع سابق ج 1 ص 234 ومع الأسف فإن المشروع الفلسطيني لم تطرق مذكرته الإيضاحية لهذه القضايا نأمل من المشرع الفلسطيني تداركها.
² (2). المادة 506 مدني أردني [لا يصح اشتراط عدم ضمان البائع للثمن عند استحقاق المبيع ويفسد البيع بهذا الشرط].

الطرف الضعيف منها دائماً كان أم مديناً نرى أن القواعد العامة في ضمان البائع للتعرض وبالذات لتعرضه الشخصي يمكن تطبيقها على تعرض البائع المهني "المبرمج" للمستخدم المتعاقد معه على عقد إعداد نظام معلوماتية ويمكن أن تسعفه لأنها تكفل له حقوقاً يمكن أن تقوده إلى تعويض عادل عما يمكن أن يلحقه من أضرار نتيجة تعرض المبرمج له.

المبحث الثاني

التزامات المستفيد "أو المستخدم"

بعد أن تناولنا في المبحث الأول التزامات المبرمج وتحدثنا فيها بشيء من التفصيل ولكون هذا العقد من العقود التي تفرض التزامات متبادلة على أطرافه، فإن أسس البحث العلمي الموضوعية تفرض علينا أن نقوم بدراسة التزامات المستفيد أو المستخدم وهو الطرف الثاني في عقد الإعداد.

وخصوصاً أنه بالإضافة إلى الالتزامات التقليدية التي تقع على عاتق "المشتري أو رب العمل أو المستأجر" حسب كون العقد من عقود البيع أو المقايضة أو من عقود الإيجار فإن الطبيعة الخاصة لبرامج الحاسب كمحل لعقد الإعداد قد أظهرت معها أنواع جديدة من الالتزامات بهدف تحقيق الغرض والغاية من التعاقد.

وسوف نقوم في هذا المبحث بمعالجة هذه الالتزامات والتي يتشابه البعض منها ويرتبط إلى حد كبير مع التزامات المبرمج أو المتعهد وبالتحديد عندما يكون التزام المستخدم ينصب على تمكين المبرمج من القيام بتنفيذ التزامه من خلال الإفصاح عن كافة الأمور والظروف والمتطلبات التي يريدها والتي على أساسها يبذل المبرمج ما بوسعه من إمكانيات علمية وفنية للقيام بإعداد البرنامج.

إن التعاون فيما بين الطرفين من شأنه أن يحقق رغبات المستخدم في أخذ الأمور التي يجب أن يشتمل عليها البرنامج في عين الاعتبار وبالذات التعاون من قبل المستخدم الذي يقوم من خلاله المبرمج بإيجاد الوسيلة المناسبة للتعبير عن أفكار وحاجات المستخدم عبر تطبيقها على أصول البرمجة⁽¹⁾

وبالنظر إلى أن التزام المبرمج بالنصيحة والإعلام يفرض عليه وضع المستخدم في صورة تفاصيل هذا العقد من حيث الإمكانية الفنية والتكاليف المادية "وتكلفة العمل والمواد المستخدمة"⁽²⁾ وطرق تشغيله والبدائل المتاحة ... الخ. كما رأينا في المبحث الأول فإن هذا الالتزام يفرض على المستخدم في المقابل الاستعلام عن هذه المعلومات والتعاون قدر الإمكان في إبداء التفاصيل الذي يريدها وعدم إخفاء أي أمر من شأنه عدم تحقيق الغاية المرجوة، حتى أن بعض المستخدمين يلجأون إلى عقد المشورة الفنية السابق بيان ماهيته⁽³⁾ مع خبير بحيث يأخذوا نصيحته في التصاميم والاحتياجات والقدرة الفنية والمفاوضات التي تمت ومن ثم يتعاقدون مع المبرمج الذي سيقوم بالعمل. وهذا من شأنه كما أسلفنا تخفيف مسؤولية المبرمج بعض الشيء⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ د. ميرفت عبد العال - مرجع سابق - ص 247، د/ أحمد محمود سعد - مرجع سابق ص 190، د/ حسن جميعي - عقود برامج الحاسب، مرجع سابق ص 264.

⁽²⁾ James V. Vergari .Computerized Payment - Operations Law .Published by 2001. P 67 Loveland - New York

⁽³⁾ . انظر المطلب الأول - من المبحث الأول من هذا الفصل ص 211.
⁽⁴⁾ . د/ حسن جميعي - عقود برامج الحاسب - مرجع سابق ص 276 ود/ ميرفت عبد العال - مرجع سابق ص 214.

هذا و يوجب هذا العقد على المستفيد أو المستخدم وكالعقود التقليدية الأخرى تسلم البرنامج وقبوله متى كان مطابقاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها لذلك سنبحث من خلال هذا المبحث أيضاً بالإضافة إلى التزام المستخدم بالتعاون، التزامه بالتسليم حسب شروط عقد الإعداد وحسب القوانين ذات الشأن فيما لو لم يكن قد تم تحديد كيفية التسليم في العقد والتسليم في هذه العقود يقتضي حتماً القبول أي قبول البرنامج والقبول فيها يعني مطابقة المواصفات وعليه لا تسلم بلا قبول والذي يشكل عنصراً أساسياً في عقد الإعداد و يترتب عليه أمور كثيرة كالتزام المستخدم أو المستفيد بدفع كامل الأجر "الثمن" الذي تم الاتفاق عليه وهو الالتزام الثالث من التزامات المستخدم والذي سنناقشه أيضاً في هذا المبحث وعلى ذلك سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نبحث في المطلب الأول التعاون والإفصاح ونبحث في المطلب الثاني قضية التسليم ونبحث في مطلب ثالث التزام المستخدم أو المستفيد بدفع المقابل.

المطلب الأول

التعاون والإفصاح بمنتهى حسن النية

ينظر الى الالتزام بالتعاون من قبل المستخدم على انه الالتزام المقابل لالتزام المبرمج بالإعلام والنصيحة بحيث أن وجود هذين الالتزامين يسمح بعودة بعض التوازن إلى عقد الإعداد وبالذات بالنظر إلى خبرة المبرمج في هذا المجال وكذلك يعتبر الالتزام بالتعاون من الالتزامات غير التقليدية في العقود التي ترتب التزامات متقابلة للطرفين والتي يتميز بها عقد إعداد برامج الحاسب الآلي⁽¹⁾.

¹ (1) . د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص240- د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص285.

والمقصود بالتعاون في عقد الإعداد هو استعلام طرفي العقد من بعضهما البعض عن كافة الأمور الجوهرية في العقد وبيانها من خلال التساؤلات التي يتم طرحها على بعضهم البعض والإجابات الدقيقة عليها وذلك لضمان تنفيذ العقد بمنتهى حسن النية دون توافر أي خلل يؤدي إلى عدم تحقيق رغبات الأطراف⁽¹⁾.

ويرتبط تعاون المستخدم أو المستفيد بالتزام المبرمج بتنفيذ كامل التزاماته على أكمل وجه إذ يجب على المستخدم أن يقدم المعلومات اللازمة لكي يتمكن المبرمج من إعداد البرنامج وفقاً لمتطلباته فإذا اتخذ المستخدم موقفاً سلبياً بإخفاء معلومات مثلاً أو بعدم مصداقيتها فقد ينجم عن ذلك تحقق مسؤوليته عن عدم تمكن المبرمج من إتمام العمل وفقاً لما هو مطلوب⁽²⁾ كما ويقتضي تعاونه تأهيل العاملين لديه وذلك تجنباً لصعوبات يمكن أن تحدث أثناء عملية تشغيل البرنامج، وحسب أغلب أنظمة وعقود الإعداد فإن المستخدم يجب عليه أن يستمر في التعاون والإفصاح مع المبرمج حتى بعد تسلمه للبرنامج أو النظام لأن قطع الاتصال مع شركة البرمجة أو المبرمج قد يسبب له مشاكل في استمرار البرنامج في أداء عمله⁽³⁾.

وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول مراحل التزام المستخدم في التعاون مع المبرمج ونبحث في الفرع الثاني جزاء الإخلال بهذا الالتزام.

¹ (2). د/ حسام محمود لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص161 ود/ عادل أو هشيمة- مرجع سابق ص93 ود/ حسن جميعي عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص265-267.

² (1). د/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص189.
³ (2). د/ محمد حسين منصور - مرجع سابق ص32-33. د/ نوري حمد خاطر- المرجع السابق ص189 ود/ أنور الفزيع- مرجع سابق ص134 ود/ حسن جميعي المرجع السابق ص270-273.

الفرع الأول

مراحل التزام المستخدم بالتعاون:

إن التزام المستخدم أو المستفيد بالتعاون يكون على مرحلتين في عقود الإعداد مرحلة قبل وأثناء إبرام عقد الإعداد ومرحلة تنفيذ العقد وقبول البرنامج والبدء بتشغيله.

المرحلة الأولى : التعاون قبل وأثناء إبرام العقد:

يلتزم المستخدم في هذه المرحلة بتمكين المبرمج من العلم بالغاية التي يرغب بها لتحديد الهدف الأساسي من إعداد البرنامج وهذا التصرف يكون موقوفاً على قيام المستخدم بالوفاء بهذا الالتزام من خلال بذل ما بوسعه للتعبير عن ذلك من خلال إزالة كافة الصعاب من أمام المبرمج⁽¹⁾.

وعلى أثر ذلك يقوم المبرمج بوضع دراسة تحتوي على الترابط ما بين احتياجات المستخدم وإمكانيات البرنامج في ضوء التقنيات الممكنة والمتوفرة علمياً وأفضل إمكانية لديه بحيث يقوم بتقديمها على شكل نصيحة تحتوي على تصميم أولي للبرنامج المقترح متضمناً مواصفاته، وتكلفته والمواد الأولية ومن سيقوم بالتمويل والمدة التي تستغرقها عملية أعداده.. الخ والتي يتوجب الرد عليها من قبل المستخدم في وقت مناسب وتحت طائلة المسؤولية⁽²⁾.

¹ (1) . د/ محمد ليبب شنب- عقد المقابلة- مرجع سابق ص149.

² (2). يجب على المستخدم الرد في وقت مناسب وبيان أسباب الرفض أو القبول حتى يتمكن المبرمج من معالجة أسباب الرفض مثلاً أو لعدم اضاعة وقته وتفويت فرص وتعاقدات عليه أو في حالة أخرى لقيامه في البدء بالإعداد إذا تم القبول، ويلاحظ هنا أن المستخدم يمكنه اللجوء إلى الاستشارة الفنية عبر توجهه لذوي الخبرة واستشارتهم في التصور المقترح أو التصميم قبل ابداء موافقته النهائية وذلك لأن التصميمي المقترح وردود المبرمج على استفسارات المستخدم يمكن لها فيما بعد أن تصبح جزءاً من العقد ملزم للطرفين لمزيد من التفصيل- راجع- د/ محمد ليبب شنب- المرجع السابق ص149. ود/

ففي هذه المرحلة يتم إخراج المستخدم من دائرة الادعاء بالجهل من خلال قيام المبرمج بإيضاح بعض الأمور الأساسية التي تبين محل العقد بوضوح، لأنه يكون شيء غير محدد ويتم تحديده وتبيان بعض الصفات التي تتوافر فيه من خلال الحوار الذي يتم بين الأطراف الذي بدوره يقود إلى علم المستخدم بالخصائص الأساسية للبرنامج⁽¹⁾ وعلى أثر هذا التعاون تتحقق نتيجتين غاية في الأهمية وهما:

1. أن هذه المرحلة تتيح للمستخدم أن يكون فضولياً إلى درجة كبيرة في الاستفسار عن كل ما يبدو ذو أهمية بالنسبة إليه وكذلك في الإجابة عن كل ما يسأل عنه بمصادقية عالية وذلك لبيان الغاية التي يريد تحقيقها والمشاكل أو البيانات التي يريد معالجتها من خلال البرنامج المقترح، ويجب أن تقوده فضوليته إلى التمكن من تحديد مواصفات البرنامج الذي يريده بحيث أن سكوته عن بعض الأمور أو عدم إفصاحه أو عدم اقتران إفصاحه بمصادقية عالية في الوصف والطبيعة والظروف المحيطة مع علمه بأهميتها يعتبر من التصرفات التي تقترن بتوافر سوء النية⁽²⁾ فإن ادعى في المستقبل بوجود عيب معين أو بعدم مطابقة هذا البرنامج لما طلبه أو لما تم وصفه وأثبت المبرمج أن هذا الخلل ناتج عن كتمان معلومات معينة أو الإفادة بمعلومات على غير الحقيقة... الخ فيتحمل المستخدم المسؤولية عن هذا الخطأ ولا دخل للمبرمج به ولا يتحمل أية مسؤولية عنه، لذلك قلنا

أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص 240 ود/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق و د/ فاروق الحفناوي- عقود النظم والأجهزة- مرجع سابق ص 14- 16.

¹ (1) . د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص 251.

² (1). د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص 290. د/ يوسف عبد الهادي الاكبياني- النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا - مرجع سابق ص 87.

سابقاً أن من ثمار مرحلة التعاون هي إخراج المستخدم أو المستفيد من دائرة الادعاء بالجهل وتطبيق هذه المسؤولية تكون أشد عليه فيما لو أثبت المبرمج استعانة المستخدم بمشورة فنية أيضاً قبل

إبرامه العقد والتي على أثرها وضع وحدد مواصفات البرنامج وبنود العقد⁽¹⁾.

2. على أثر تعاون المستخدم أو المستفيد يتمكن المبرمج من عمل دراسة مبدئية ووضع تصميم يتم عرضه على المستخدم لبيان مدى التناسب بين الهدف المرجو والتصميم المقترح ووظائفه وقدراته وقد أصبح هذا الشرط مفهوماً من ضمن طبيعة هذا العقد بحيث لا يشترط النص عليه في عقود الإعداد كونه أمر ضروري لإبرام العقد ولا يمكن تصور توافق الطرفين بدونه⁽²⁾.

إن نتيجة التعاون في هذه المرحلة تعتبر ضرورية لإبرام العقد وإمكانية الوفاء بالالتزامات التي يربتها دون توافر أي عيب، ولكون عملية البرمجة التي تنفذ تكون طبقاً وبناءً على احتياجات المستخدم أو المستفيد وفي ظل التقنيات المتاحة فإن طبيعة

¹ (2). د/ جمال عبد الرحمن محمد علي- الخطأ في مجال المعلوماتية- مرجع سابق ص 74-80 ود/ محمود حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص 96 و137 ود/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص 227 حيث يقول سيادته [إن القضاء يتشدد في مسائل المورد عن الالتزام في الحالات بالنصيحة التي يثبت فيها عدم لجوء العميل إلى استشارة خبير فني أو متخصص في مجال التعاقد طالما أن هذا العميل لم يكن ملتزماً باللجوء إلى مثل هذه الاستشارة وذلك إذا تبين أن الطرفين أقرا بعدم الحاجة إلى ذلك اكتفاء بالثقة التي أولاها العميل لمورد البرامج وفي المقابل فإن لجوء العميل إلى الخبرة الفنية يخفف من مسؤولية مورد البرامج عن الالتزام بالنصيحة] وانظر كذلك في نفس المعنى- د/ نزيه الصادق المهدي- مرجع سابق ص 336.

² (1). د/ عزة خليل - مرجع سابق ص 162-170 ود/ محمد حسام لطفي- المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض- مرجع سابق ص 14 وما بعدها.

التزام المستخدم تكون التزام ببذل عناية الشخص المعتاد⁽¹⁾ الذي يسعى لإعداد برنامج محقق لغايته مع عدم علمه ومعرفته التامين بأصول البرمجة بالإضافة إلى أن التزامه في هذه المرحلة يتم من خلال إيصال المعلومات إلى المبرمج الذي يقوم بإعداد البرنامج ويعامل المستخدم في هذه التصرفات بناءً على معيار الرجل المعتاد على التعاقد وليس الشخص المحترف في البرمجة، مما يشكل اختلافاً بين الاثنين فالمستخدم يسعى لتحقيق غاية دون معرفته بالوسيلة ومدى ارتباطها بالغاية والمبرمج يعمل على تحقيق غايته بطرق يعلم بها جيداً إلا أنه ذو معرفة تامة بالبرمجة، ومع ذلك ففي مقابل التزام المبرمج بالإعلام والنصيحة يوجد التزام على المستخدم أو المستفيد بالتعاون والإفصاح ويكون مسؤولاً عن عدم التعاون قبل إبرام العقد وبعد إبرامه إذا حدث خلل في البرنامج نتيجة لعدم تعاونه أو عدم تمكين المبرمج من الاطلاع على كل ما هو ضروري وجوهري لإتمام عملية البرمجة أو كل ما سال عنه ولم يتلقى إجابة عليه أو تلقى إجابة على غير الحقيقة، وهذا الالتزام من جانب المستخدم لا يتطلب إلمامه بأصول البرمجة أو طرقها أو تقنياتها⁽²⁾.

المرحلة الثانية/ تنفيذ العقد وقبول البرنامج:

أثناء قيام المبرمج بالبرمجة وتنفيذها ما تم الاتفاق عليه في العقد يعتبر تعاون المستخدم أو المستفيد أمراً غاية في الأهمية وذلك لكي يتمكن المبرمج من الوفاء بالتزامه دون أي عيب فهذه العملية تكون بناءً على احتياجات وغايات المستخدم وبالتالي يجب أن يبقى المستخدم على اطلاع بالخطوات وفي صورة

¹ (2). د/ أنور الفزيع- مرجع سابق ص132، د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص290.

² (1). د/ حسن جميعي - عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص265-269.

البيانات المقدمة لكي يتمكن من الاستفسار عن أي أمر ضروري⁽¹⁾.

فبعد إبرام العقد واتفاق الأطراف على تنفيذه من خلال إعداد البرنامج والذي يعتبر الالتزام الأساسي فيكون تعاون المستخدم مع المبرمج أو حتى تعاونهما مع بعضهما البعض أكثر إلزاماً، فهذا التعاون ينير الطريقة أمام المستخدم في استجلاء كل غموض حتى يتمكن من استلام برنامجهِ وقبوله بعد استخدامه أو تجربته والبحث في مدى مطابقتها للشروط والمواصفات التي تم الاتفاق عليها لذلك قلنا أنه يجب على المستخدم مواكبة عملية الإعداد ويجب على المبرمج وضعه في صورة كل خطوة وكل مرحلة يتم الانتهاء منها أثناء التنفيذ حتى تتم معالجة أي خلل أنياً وعدم الانتظار حتى إخراج النسخة النهائية من البرنامج وبالتالي يتم توفير وقت وجهد للطرفين وتضيق دائرة إدعاء أيهما بأنه لا يعرف أو ليس هذا ما اتفق عليه.. الخ⁽²⁾.

فإن تم الانتهاء من إعداد البرنامج حسب شروط العقد وما تم الاتفاق عليه تتجلى صورة التعاون كالالتزام على المستخدم في قيامه بتسلم البرنامج في المكان والزمان الذين تم الاتفاق عليهما، مع وجوب تهيئة حماية داخلية للبرنامج وشموله لكافة الأمور الأساسية التي تتطلبها أصول البرمجة⁽³⁾. ويتجسد التعاون في هذه المرحلة من خلال قيام المستخدم بالتسلم المبدئي للبرنامج، وتعاونه مع المبرمج للقيام بتوضيح بعض الأمور التي يحتويها البرنامج والتي تسمح للمبرمج ببيان المواصفات من

¹ (2). د/ أنور الفزيع- مرجع سابق- ص132.

² (1) د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص256. د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب - مرجع سابق ص277- 279.

³ (2) د/ أنور المفزيع- مرجع سابق ص134، د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص257.

خلال الإشارة إليها وبيانها بيسر ووضوح للمستخدم حتى يتم القبول المبدئي للبرنامج ليتم تشغيله والبحث في إمكانياته لأننا في هذه المرحلة نكون لا زلنا في مطابقة الشكل وليس المضمون⁽¹⁾.
فإن انتهت هذه المرحلة بمطابقة الشروط والمواصفات المتفق عليها في البرنامج الذي تم إعداده فيتم الانتقال إلى تشغيل البرنامج والذي يتوجب على المبرمج بيان كيفية التشغيل والاستعمال، بحيث لا يستطيع أي شخص تشغيل البرنامج إلا المبرمج نفسه لأنه من وضع التعريف الشخصي الذي تم تصميمه للبرنامج والخاص بالمستخدم لكي لا يمكن الاستخدام إلا من قبل المستفيد "المستخدم" الذي تم العقد لصالحه والذي يملك التعريف الشخصي الذي يسمح له بالدخول إلى البرنامج ومعالجة بياناته من خلاله⁽²⁾ فإذا تمت محاولة التشغيل دون الحصول على المعلومات الضرورية من المبرمج أو المنتج فإن هذا التصرف يمكن أن ينتج عنه خللاً سببه عدم الالتزام والتقييد بالتعليمات الملحقة بالبرنامج والمعاصرة لتسلمه غالباً وهي ملزمة للمستخدم لدورها الهام والمحوري في ضمان عدم حدوث أي خلل بالبرنامج ناتج عن التشغيل الخاطئ⁽³⁾.

وعادة ما تكون خطة اختبار وتشغيل البرامج وبالتالي قبولها الموضوعي تختلف حسب نوع وطبيعة كل برنامج ولكن يبقى الهدف الرئيسي منها هو

¹ (3) د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص258 ود/ جمال عبد الرحمن علي- مرجع سابق ص68- 69 ود/ محمد لبيب شنب - عقد المقالة مرجع سابق ص151.

² (1) . د/ محسن شفيق- نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية- مرجع سابق ص78. ود/ فاروق الحفناوي -عقود البرمجيات - مرجع سابق ص230- 231.

³ (2) . لمزيد من التفاصيل- راجع د/ ميرفت عبد العال - مرجع سابق ص298- 299.

مطابقة البرنامج للمواصفات المتفق عليها والذي يتضح في قدرته الموضوعية على معالجة البيانات "محل الاختبار" بالطريقة المقصودة وتحقيق الغرض المرجو منها.

وفي الغالب يقوم المستخدم "أو المستفيد" قبل موعد التسليم النهائي بإعداد عينة من البيانات تسمى Testdata التي يراها مناسبة لفحص واختبار قدرة البرنامج ولا بد لهذه العينة أن تخضع لموافقة المبرمج "هنا تبرز أهمية التعاون كذلك" ⁽¹⁾ ويتم بعد ذلك تحديد موعد باتفاق الطرفين لإجراء الاختبارات بحيث يجب أن تتم معالجة البيانات ويتعهد كلا الطرفين بأقصى درجات التعاون وتقديم جميع التسهيلات الممكنة لإجراء عملية الاختبار هذه.

إذا نجح الاختبار يتم قبول البرنامج فوراً وذلك بمجرد نجاحه في معالجة البيانات وتحقيقه للنتائج المرجوة ويوقع المستخدم على قبوله الموضوعي والنهائي للبرنامج وبذلك يعتبر البرنامج مقبول من الناحية الموضوعية والقانونية حتى اجتاز اختبار القبول بنجاح بأن وضع موضع التشغيل الفعلي Live operation ويعتبر التسلم قد تم منذ هذه اللحظة أي لحظة توقيع المستخدم على نجاح اختبار القبول ⁽²⁾.

ويجب كما بينا سابقاً استخدام الطريق الصحيح في التشغيل فيما بعد قبول البرنامج أي أثناء التشغيل المهني بعد التسلم والبدء في العمل، وذلك لأن إتباع تعليمات المبرمج سيؤدي دائماً إلى تحقيق الغاية المرجوة من البرنامج بأفضل الطرق الممكنة، وكذلك فإن استمرارية عمل وأداء البرنامج وفق الهدف المرجو منه تقترن اقتراناً طردياً بمدى إتباع التعليمات

¹ (1) . Rays man Richard- P.R-P.3-16

² (2) د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص242، ود/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص299

والإرشادات الأساسية التي وضعها المبرمج بناءً على ظروف وإمكانيات البرنامج⁽¹⁾.
ويجب الاستمرار في تعاون المستخدم أو المستفيد طوال فترة الاستخدام للبرنامج وذلك حسب أغلب العقود النموذجية أو التي تتم عبر مقاولات الإعداد وذلك من خلال عدة التزامات تنطوي تحت بند تعاون المستفيد أو المستخدم والتي أهمها التزامه بالسرية وعدم السماح للغير بالاطلاع على البرنامج أو محاولة إصلاح أي خلل فيه حتى أن بعض الشركات تفرض مع عقد الإعداد ملحق باتفاقية صيانة⁽²⁾.
فلو تم إتباع الإرشادات والتعليمات على أكمل وجه وظهر أثناء الاستخدام بعض الأخطاء في البرنامج أو ظهرت عدم القدرة على معالجة بيانات معينة⁽³⁾ أو عدم القدرة على التخزين مثلاً أو الاستخراج.. الخ

¹ (1). د/ محسن شفيق- مرجع سابق ص88- 89. د/ أنور الفزيع- مرجع سابق ص135، د/ محمد حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات مرجع سابق ص 106.

² (2). لمزيد من التفاصيل- راجع د/ خالد مصطفى فهمي- الحماية القانونية لبرامج الحاسب- مرجع سابق ص169- 175 ود/ أيمن عبد الحفيظ- استراتيجية مكافحة جرائم استخدام الحاسب الآلي- دار النهضة = العربية- القاهرة 2004 ص257 ولمزيد من التفاصيل في اتفاقيات الصيانة والحفاظ على سرية البرامج والاستمرار في تعاون المستخدم يمكن مراجعة د/ فاروق الحفناوي- موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات- اتفاقيات صيانة البرمجيات- مرجع سابق ص183- 207.

³ (3) من المتفق عليه في عالم البرامج أن طبيعتها التقنية لا تخلو من العيوب والأخطاء فهي ليست سلعة كباقي السلع تسلم مرة واحدة وإلى الأبد ولكن من المقبول في الواقع العملي أن تحتوي البرامج على نسبة أخطاء ومع ذلك يبقى يقال عنها أنها صالحة لأداء الغرض منها ولكن من المقبول في مقابل ذلك يكون على الجهة المنتجة أو المبرمجة تصحيح الخطأ أو الأخطاء كلما ظهرت أثناء الاستخدام سواء لفترة زمنية يتم الاتفاق عليها أو من خلال عقود صيانة تحرص شركات البرمجة على الاستئثار بها، ولكن تحت كل الظروف يجب أن يتعاون المستخدم في الإبلاغ عن هذه الأخطاء في أسرع وقت وخصوصاً إذا كان فيروس من شأنه أن يوفر النظام كلياً أو جزئياً لمزيد من التفاصيل راجع Rays man Richard ard.P.R.P268 ود/ جمال عبد الرحمن علي- الخطأ في مجال المعلوماتية- مرجع سابق ص43- 73.

فإنه يتوجب على المستخدم التعاون مع المبرمج بالإخبار فوراً عن هذا الخلل والإخبار هنا يكون للمبرمج أو أحد عامليه الذي تم تحديده في العقد والإخلال بهذا الإخبار قد يشكل إخلالاً بالتزام تعاقدي لا يجوز التقاعس عنه أو التساهل فيه نظراً لدقة المحل وإمكانية اتساع الخلل عبر تدمير بيانات أكثر.. الخ من تعقيدات هذه التكنولوجيا، فالإخبار في وقت مناسب يتيح للمبرمج إعادة الحال إلى ما كان عليه وإصلاح الخلل بالسرعة الممكنة وتدارك أية مشاكل يمكن أن تنجم عنه⁽¹⁾.

وبناءً على ذلك نلاحظ مدى أهمية الالتزام بالتعاون في عقود الإعداد من جانب المستخدم، بحيث يبدأ هذا التعاون من المرحلة السابقة على إبرام العقد بحيث يتجسد في مرحلة المفاوضات والحوارات والمراسلات وتقديم النصائح والإرشادات والإفصاح عن المعلومات بمنتهى حسن النية والصدق وتعتبر هذه المرحلة أولى مراحل التعاقد وتكون سمتها الأساسية التواصل والحوار المستمر ما بين الأطراف ليتم إبرام العقد بعد ذلك وينتقل التعاون في هذه المرحلة إلى التعاون في التنفيذ والإعداد للبرامج أو للبرنامج المقترح والرد على استفسارات المبرمج ومتابعته بكل أمانة للوصول إلى اختبارات القبول الشكلية والموضوعية والتي تقتضي كذلك منتهى درجات المساعدة وحسن النوايا وفي تحليلها والاتفاق على حيثياتها ويستمر بعد ذلك التعاون طوال أو أغلب فترة عمل البرنامج كالتزام على المستخدم يتجسد في استخدام البرنامج بأفضل طريقة ممكنة تبعاً لتعليمات ونصائح المبرمج وبالذات بخصوص كيفية التشغيل والإخبار عن الأعطال وكيفية الاستخدام وهذا التعاون في هذه المرحلة يعتبر بحق إحدى الوسائل

¹ (1) د/ حسام عيسى- نقل التكنولوجيا- مرجع سابق ص244، د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص262.

الأمنية التي يستطيع المستخدم من خلالها الحفاظ على صلاحية البرنامج والاستفادة المثلى من إمكانياته وتجنبه أي خلل أو ضرر.

الفرع الثاني **جزاء الإخلال بالتزام المستخدم أو المستفيد بالتعاون**

يمكن أن يقع الإخلال من قبل المستخدم أو المستفيد بالتزام بالتعاون مع المبرمج بطرق شتى، سواء من حيث تقديم المواد المتفق عليها لتمام عملية البرمجة على أتم وجه أو من حيث تقديم المعلومات الأساسية التي يحتاجها المبرمج، أو حتى من حيث إخفاء معلومات أو ذكرها على غير الحقيقة، فإن المستخدم أو المستفيد في جميع هذه الفروض وغيرها كثير يكون مسؤولاً عن هذه التصرفات، وذلك لكونه ملزم بتقديم هذه المواد مثلاً طبقاً للمواصفات المتفق عليها وإتاحة الفرصة للمبرمج للقيام بإعداد البرنامج على أكمل وجه، وهو كذلك ملزم بالتعاون والإفصاح بمنتهى الصدق في إبداء المعلومات بشتى صورها للمبرمج حتى يخرج البرنامج متوافقاً على الغاية منه⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه أن إفصاح المستخدم عن احتياجاته وإعلام المبرمج بها لا يلزم له شكل معين أو طريقة محددة، فيستطيع المستخدم أن يصيغ احتياجاته في كراسة شروط، كما يستطيع أن يوجهها من خلال مراسلات كتابية [فاكسات، مراسلات عبر البريد الإلكتروني، أو البريد العادي] وغير ذلك من أساليب التخاطب المألوفة، ويكفي قيام المستخدم

¹ (1). د/ نوري حمد خاطر- عقود المعوماتية- مرجع سابق ص189، ود/ محمد السيد عمران- الالتزام بالأخبار- مرجع سابق ص6 وما بعدها د، سهير منتصر- الالتزام بالتبصير- مرجع سابق ص49.

بتحديد احتياجاته مثلاً وإعلام المبرمج بها شفاهة في
الجلسات واللقاءات التي تجمعهم⁽¹⁾.
فلو حصل إعاقة لعمل المبرمج نتيجة لعدم إبداء
التعاون في الأمور التي تستوجب ذلك أو في الأمور
التي يجب توافرها "سواء مواد أو ظروف محيطية" أو
في بيان البيئة التي سيتم استعمال البرنامج فيها..الخ
من الأسباب التي يمكن أن تؤثر على البرنامج وتعييه
مقارنة بما هو مأمول منه حسب التعاقد، فإن كل
هذه التصرفات تؤدي إلى وقوع المسؤولية على
المستخدم عنها، لأنه يكون بذلك قد أعاق عملية إبرام
العقد أو حال دون تمكين المبرمج من تنفيذه أو تم
التنفيذ ولكن ليس بالشكل والموضوع النموذجين
المطلوبين وفقاً للعقد وذلك بسبب تلك التصرفات
الصادرة عن المستخدم والتي تشكل إخلالاً بالتزام
عقدي ذو طبيعة خاصة في عقود الإعداد وهو الالتزام
بالتعاون والإفصاح بمنتهى الصدق وحسن النية⁽²⁾ وقد
سار القضاء الفرنسي على ترسيخ هذا المبدأ في
جملة كبيرة من أحكامه⁽³⁾.

¹ (2) . د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب الآلي- مرجع سابق ص 267-274.

² (1) . د/ أنور الفزيع- مرجع سابق ص 134-135. د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص 300.

³ (2) . أوضح صورة تجدها في حكم شهير لمحكمة استئناف تولوز في سنة 1992 عندما قالت بمسؤولية الشركة "المستخدم" عن خطئها في تحديد المواصفات والاحتياجات التي تتطلبها من البرنامج الذي تعاقدت عليه مع الشركة المبرمجة فقالت المحكمة (إن المستأنفة قد أخلت بالتزامها بالتعاون وإعلام المورد.. لذلك فإنها يجب أن تتحمل وحدها المسؤولية عن خطئها وما يترتب على ذلك من نتائج وأضرار ناجمة عن سوء اختيارها للبرنامج محل الداعي..). Toulouse Jurisdata n° 433-26 Pev.1992-2ech. أشار إليه الأستاذ الدكتور حسن جميعي- مرجع سابق هامش ص 270 وانظر أيضاً تأكيدات لنفس هذا التوجه في القضاء الفرنسي

Paris 25ech.8.Juillet .1981,jurisdata.n°24834,T.com
Bordallx.27Janv1988petites.affiches23aout'1989
..n°101p.15paris 5ech.c,15 juin 1990- jurisdata n°22939

وعليه فإذا أخفق المبرمج في الوفاء بالتزامه سواء أكان الإخفاق كلياً أو جزئياً فإن المستخدم يكون مسؤولاً ويحق للمبرمج المطالبة بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد والتعويض أو أي تصرف يجيزه المشرع لإجبار المستخدم على إتمام التعاقد على نفقته وإجباره على تسلم البرنامج، بالإضافة إلى حق المبرمج بالمطالبة بفرض التعويض المناسب عن عدم وفاء المستخدم بالتزامه الذي الحق ضرراً بالمبرمج⁽¹⁾ وإذا امتنع المستخدم عن التعاون وعن قبول النصيحة المقدمة من قبل المبرمج، فللمبرمج أن يطلب من المحكمة أن تقرر فسخ العقد لاستحالة التنفيذ الناشئة عن المستخدم دافعاً بعدم إعلامه بالأمور الجوهرية التي يتوجب علمه بها والتي يتم من خلال علمه بها إعداد البرنامج وتشكل أساسيات في العقد طبقاً لاحتياجات وغايات المستخدم والتي لا يمكن علمها قبل المبرمج أو تحديدها لأن البرنامج محل العقد سيتم تصميمه لخدمة المستخدم وهو أعلم من الغير بحاجته وبالتالي لا يمكن تصور تنفيذ العقد دون إخبار المبرمج باحتياجات المستخدم سواء كان عبر تعاونه أو الاستعلام المتبادل والصادق من قبل الأطراف عن المعلومات الجوهرية⁽²⁾.

وكذلك ينطبق نفس الوضع على مخاسر المبرمج بالنسبة لما أحضره من مواد للقيام بإعداد البرنامج أي لتنفيذ العقد، فالتبعات الاقتصادية تكون على المستخدم سواء بالنسبة للمخاسر التي تكبدها المبرمج في شراء المواد أو فيما لو حالت تصرفات المستخدم دون إتمام العقد أو تسببت بفسخه لعدم تعاونه وفي نفس الوقت حالت دون تمكين المبرمج

أحكام أشار إليها د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب - مرجع سابق ص271-272.

¹ (1). د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص300 والهامش.

² (2). د/ محمد ليب شنب- عقد المفاوضة- مرجع سابق ص150.

من إجراء عقود وصفقات أخرى لأنه كان قد التزم بإعداد برنامج المستخدم⁽¹⁾.
من كل ذلك نلاحظ أن المستخدم يكون مسؤولاً عن تصرفه الذي حال أو كان السبب في عدم وفاء المبرمج بالتزامه في إتمام تنفيذ العقد وذلك بعدم تعاونه أو بتعاونه على غير الحقيقة ويتم أعمال القواعد العامة في نظرية العقد وخصوصاً فيما يتعلق بالإخلال بالتزام عقدي ويكون في هذه العقود لمحكمة الموضوع دور كبير في تقدير الواقعة وبحث حيثياتها تماشياً مع طبيعة عقد الإعداد وظروفه الخاصة والتزامات أطرافه وحجم الضرر الذي نجم عن عدم التعاون وكم ونوع مسؤولية المستخدم عنه⁽²⁾.

المطلب الثاني الالتزام بالتسليم

يقتضي تنفيذ الالتزام العقدي قيام المستخدم أو المستفيد بتسليم البرنامج محل عقد الإعداد وذلك في مقابل التزام المبرمج أو المورد بتسليم البرنامج، فبعد انتهاء المستفيد من التزامه بالتعاون الذي مكن المبرمج من إعداد البرنامج يأتي هذا الالتزام والذي يمكن تنفيذه بعدة صور فقد يتم من خلال وضع البرنامج تحت يد المستخدم أو عبر إرسال المبرمج للمستخدم خطاباً يفيد بأن البرنامج جاهز للتسليم أو عبر اقتراح التسليم الإلكتروني أو بأي شكل كان متفق عليه، فإن لم يقم المستخدم بتنفيذ التزامه كان من حق المبرمج اللجوء إلى القضاء لإجباره على التسليم والبحث في مدى مطابقة البرنامج

¹ (3). د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص300.

² (1). لمزيد من التفصيل- راجع د/ حسن جميعي- مرجع سابق ص 274 و د/ جمال عبد الرحمن علي- مرجع سابق ص68 ود/ محمد حسين منصور المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص232- 241.

للمواصفات⁽¹⁾ وبالتالي قبوله وذلك لأن عملية التسلم في عقود الإعداد ترتبط بقبول البرنامج محل التعاقد حيث أن التسلم يعتبر إجراءً أو مرحلة أولى يتم من خلالها التأكد من مطابقة المواصفات للاتفاق الذي تم وذلك لأنه لم تتم معاينة البرنامج في وقت إبرام العقد لأنه لم يكن موجود أصلاً وبذلك يكون التسلم في عقود الإعداد عمل مادي والقبول هو العمل القانوني فقد يتسلم المستخدم البرنامج دون قبوله أو في حالة أخرى قد يتم قبول البرنامج قبل تسلمه فيما لو كان المستخدم يتابع عملية التنفيذ خطوة بخطوة ويجري ويبحث ويساعد مع المبرمج⁽²⁾. وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول التزام المستخدم بتسليم وقبول البرنامج محل الإعداد ونبحث في الفرع الثاني جزاء إخلال المستخدم بهذا الالتزام

الفرع الأول

التزام المستخدم بتسليم وقبول البرنامج

أولاً: الالتزام بالتسليم: يلتزم المستخدم بتسليم البرنامج بعد عرضه عليه من قبل المبرمج في الوقت المتفق عليه فيما بينهما أو حسب ما تقتضيه طبيعة إعداد البرنامج في أغلب الأحوال، ويكون التسلم في هذا العقد يتشابه إلى حد كبير جداً. لتسلم في عقد المقاوله وذلك لكون عقد الإعداد وعقد المقاوله بشكل عام موضوعهم محلاً غير

¹ (1) . د/ محمد لبيب شنب- عقد المقاوله- مرجع سابق ص150 ود/ محسن شفيق- نقل التكنولوجيا- مرجع سابق ص88 ود/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص282 و283 ود/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية مرجع سابق ص190-191.
² (2) . د/ نبيلة رسلان- عقد المقاوله دار النهضة القاهرة 1997 ص207. و د/ حسن جميعي المرجع السابق الإشارة إليه ص282. والمستشار فتحة قرة- أحكام عقد المقاوله منشأة المعارف الاسكندرية 1992 ص181.

متوافر وقت إبرام العقد⁽¹⁾. وإنما تتم معاينة البرنامج من خلال الشروط المدونة في العقد والتي تشتمل على المواصفات التي تم الاتفاق عليها، وكذلك فإن عقد الإعداد لا يشكل فيه التسلم إبراء لذمة المبرمج وبالتالي الوفاء الكامل بالالتزامات المالية التي تقع على كاهل المستخدم أو المستفيد فيجب أن يقوم المستخدم باستخدام البرنامج والبحث في مدى توافق الشروط والمواصفات بحيث يتم التطابق ما بين البرنامج وشروط العقد⁽²⁾.

وبتطبيق أحكام عقد المقاولة في التسلم على عقد الإعداد نجد أن المشرع المصري قد قرر في المادة 655 من التشريع المدني ما نصه [متى أتم المفاوض العمل وضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب الجاري في المعاملات فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه]. ومفاد ذلك أن المشرع المصري قد أوجب على المستخدم تسلم البرنامج متى فرغ المبرمج من إعدادة بشكل كلي وكامل ودون تجزئة للعمل حتى يكون التسلم ملزم للمستخدم في الموعد المتفق عليه⁽³⁾ فإن لم يتم

¹ (1). د/ جمال عبد الرحمن علي - الخطأ في مجال المعلوماتية- مرجع سابق ص33- 41. د/ أحمد محمود سعد- مرجع سابق ص205 ود/ حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص150. ود/ السيد محمد عمران - مرجع سابق ص91 وما بعدها.

² (2). د/ نبيلة رسلان- مرجع سابق ص204.

³ (1). يختلف موقف المشرع المصري في هذه المادة مع المشرع الأردني والمشروع الفلسطيني- فقد فرض كل منهما في هذا الصدد على المستخدم أو المستفيد من العمل تسلم ما تم انجازه من العمل فقد نصت المادة 812 من مشروع القانون المدني الفلسطيني على [يلتزم صاحب العمل بتسليم ما تم من العمل متى أنجزه المفاوض ووضعه تحت تصرفه فإن امتنع بغير سبب مشروع وتلف في يد المفاوض بسبب لا يرجع إليه فلا ضمان عليه] وهي تطابق المادة 792 من القانون المدني الأردني. ونحن نرى موقف المشرع المصري أفضل بالنسبة لتطبيق حكم هذه المادة على عقود إعداد البرامج من الناحية

تحديد موعد فيتوجب على المستخدم تسلم البرنامج بأسرع وقت ممكن أو بحسب العرف الجاري في مثل هذه العقود وذلك حتى يتمكن من مطابقة مواصفاته مع شروط العقد وإلا فإنه يعتبر وينص هذه المادة قد تسلم محل الحق حكماً إذا ما تم توجيه إنذار رسمي إليه بتسليم محل العقد الذي تم الانتهاء من إعداده ولزم تسلمه، فإن رفض التسلم ولم يبد لرفضه أسباب مشروعة فإنه يعتبر متسلم للبرنامج حكماً ومسؤولاً عن أي ضرر يلحق به لأنه أصبح حائزاً بنص القانون وبحكم المادة 655 منه.

وبخصوص عقد الإعداد فإن التسليم فيه يعني تمكين المستخدم أو المستفيد من البرنامج للبحث في مطابقة للمواصفات من خلال وضع البرنامج تحت يده سواء لفترة محددة أو فعلياً عبر استخدامه من قبله مصحوباً بضرورة القبول له أو الإقرار بقبوله سواء وقت التسليم أو بعده بفترة يتم تحديدها عقداً أو عرفاً وذلك لبيان صحة الوفاء بالمحل عبر إقرار هذا المستخدم عند تسلم البرنامج وبعد تجربته واستخدامه بأنه متوافق مع شروط العقد⁽¹⁾.

وبالنسبة لكيفية التسلم في عقود الإعداد فالأصل حسب احكام عقد المقابلة أن يتم التسلم في مكان العقد إذا لم ينص الاتفاق على خلاف ذلك وفي عقود الإعداد نجد أن الأمر يختلف حيث أن التسليم قد يكون عبر قيام المبرمج بوضع البرنامج على الجهاز

الفنية والتقنية بخصوص الزام المستخدم بالتسليم عند انتهاء المقاول من كامل العمل وليس من الجزء الذي ينهيه وذلك تبعاً لطبيعة البرامج وخصوصاً وأن التسلم الجزئي يعيد كثيراً قضية مطابقة المواصفات ويحمل المستخدم مسؤولية أي شيء يحدث لما تم تسلمه. لذلك نقترح على المشرع الفلسطيني تعديل هذه المادة عند سن القانون لتصبح تتوافق مع المادة 655 مدني مصري.

¹ (1) . لمزيد من التفاصيل- راجع د/ حسن جميعي - عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص284 ود/ فاروق الحنفاوي- قانون البرمجيات مرجع سابق ص168- 173.

المعد له أي الأجهزة التي لدى المستخدم حتى يتمكن من استخدامه وبيان مدى ملائمة وذلك يكون عبر تحميل البرنامج على الجهاز وهذه الصورة الشائعة في عقود الإعداد، وقد يكون التسليم عبر إعطاء المستخدم أقراص مرنة أو CD. وطبعاً إذا ما تم التسليم بهذه الطريقة بالمستخدم سوف لن يطلع على البرنامج بمجرد إعطائه هذه الأقراص وبالتالي تحف هذه العملية الكثير من المخاطر في طريقة تشغيله للبرامج أو تحميلها من قبله على الأجهزة الخاصة به مما يؤدي الى عدم تمكن المستخدم من الاستخدام السليم لها بسبب خوفه من احداثه لأعطال وعيوب بها أو قلة خبرته...الخ. وقد يكون التسليم للبرنامج محل الإعداد عبر البريد الإلكتروني وهذه طريقة مع أنها شائعة ولكنها أكثر شيوعاً في عقود الترخيص بالاستعمال وليس في عقود مقاولات الإعداد بحيث يقوم المستخدم بتنزيل البرنامج عبر الاتصال بموقع الشركة المنتجة عبر الانترنت بمقابل مادي يتم دفعه عبر الفيزا كارد.. وب عقود نمطية- يمكن تطبيق هذه الطريقة على عقود الإعداد ولكنها تحمل نفس مخاطر طريقة الأقراص التي تحمل البرامج ويتم تسليمها للمستخدم لذلك فنحن نرى أن الطريقة المثلى للتسليم في عقود الإعداد والتي تخدم وتراعي مصالح الطرفين بالقدر نفسه هي قيام المبرمج بخبرته الكبيرة وتقنيته وحرفته العالية بتحميل البرنامج على الجهاز المتوفر لدى المستخدم وتشغيله له وبيان التعليمات الأساسية الخاصة به وبالتالي تجربته سوياً كما أسلفنا.

فإن لم يتم الاتفاق على كيفية التسليم فلا مفر من الرجوع إلى القواعد العامة الى أعراف التي تشير إلى إتباع أفضل الطرق للقيام بهذا الالتزام وذلك لأن الالتزام بالتسليم هو يقابل التزام المبرمج بالتسليم

والذي يمكن الطرفين من إبراء ذمتها في مواجهة بعضهما البعض، وعلى المبرمج إشعار المستخدم إذا ما قام بإعداد البرنامج في وقت سابق لما اتفقا عليه وذلك للإسراع في عملية التسليم والاستلام وتهيئة الظروف المناسبة للبدء بعملية المطابقة ليتم القبول على أثرها ولكن شرط أن لا يتعسف في ذلك ويراعى ظروف المستخدم واستعداده لبدء العمل أو إمكانية تواجد الأجهزة التي سيتم وضع البرامج عليها⁽¹⁾.

وأخيراً لا يفوتنا القول انه في حالة إغفال تحديد مكان التسلم أو عدم الاتفاق عليه أو بروز نزاع حوله أو عدم وجود عرف يحكم هذا التصرف فإن المشرع المدني وكما أسلفنا عالج هذه الجزئية من خلال تحديد مكان الوفاء بموطن المبرمج أو مكان إعداد البرنامج.

إن قضية التسلم في عقود الإعداد ذا طبيعة خاصة بحيث لا يكون مع مرحلة تسلم المستخدم للبرنامج ومطابقة مواصفاته مع شروط العقد إبراءً لذمة المبرمج، فيجب أن تلحقها مرحلة أخرى تسمى مرحلة القبول وتظهر أثناء عملية الاستخدام وهدفها بيان القدرة العملية للبرنامج وإبراء ذمة المبرمج نهائياً.

ثانياً: قبول البرنامج:

بينما أن التزام المستخدم بالتسليم لا يكون فقط بالتسليم المادي للبرنامج والتسليم بان مواصفاته تتطابق مع شروط العقد بعد التأكد منها ولكن يقترن تمام التسليم بقبول المستخدم للبرنامج.

¹ (1). د/ محمد ليب شنب- مرجع سابق ص153 و د/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص192. ود/ السنهوري- الوسيط - مرجع سابق- المجلد السابع- ج1- ص150.

حتى أن بعض الفقه يعتبر الالتزام بقبول البرنامج التزاماً مستقلاً عن الالتزام بالتسليم بدلالة إمكانية قبول البرنامج قبل تسلمه مادياً إلا أن الوضع الطبيعي يكون فيه تسلم البرنامج أولاً ومن ثم تتم عملية القبول وبالتالي يمكن الفصل بينهما على الرغم من الترابط الكبير⁽¹⁾ ولكننا نميل إلى اعتبار القبول جزء من التسلم وهو الذي يجعله كاملاً أي أننا مع اعتبار التسلم غير مكتمل إلى حين إبداء المستخدم إقراره بالقبول التام.

وتعطي مرحلة القبول الحق للمستخدم بمراقبة البرنامج الذي تم إعداد له استكشافاً لمراعاة أصول البرمجة في عملية الإعداد وكذلك استظهار كافة المواصفات التي تم الاتفاق عليها من خلال القيام بفحص شامل للبرنامج للتأكد من مقدرته على معالجة البيانات، ومدى وقدرة البرنامج على مواجهة المشاكل التي من الممكن أن تواجهه في المستقبل ومراقبة السرعة والسعة التخزينية⁽²⁾ ولكن كل ذلك يكون من حق المستخدم شرط تقيده التام بتعليمات التشغيل وإرشاداته التي وضعها المبرمج الذي يمكن له أن يشترط الاختبار والتجربة تحت إشرافه وبالتالي يكون اشتراطه للقبول في وقت محدد.

وبعد الانتهاء من عملية التشغيل والمراقبة واختبارات القبول تتم مراقبة سير عمل البرنامج أثناء استخدامه من قبل العاملين طبعاً بناءً على تعليمات المبرمج الذي يكون مسئولاً عن أي خلل يحدث للبرنامج أثناء فترة الاختبار هذه لذلك يتوجب إخباره فوراً بأي عطل يحدث حتى يتمكن من إصلاحه ومعالجته مع ملاحظة أن فترة الاختبار والقبول عادة ما يتم تحديدها بـ 90 يوماً⁽³⁾ بحيث يتم قبول البرنامج فوراً بمجرد معالجته للبيانات وتحقيقه للنتائج

¹ (1). د/ حسن جميعي- عقود الاعداد- مرجع سابق ص 287- 188.

² (2). د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص 306- 308.

المرجوة منه سواء بانقضاء المدة المعينة للقبول وهو التصرف الغالب في مثل هذه العقود أو قبل ذلك، بحيث تحتوي اتفاقية الإعداد على نموذج القبول الذي يتم التوقيع عليه، ويعتبر البرنامج مقبول قانوناً متى اجتاز الاختبارات ووضع موضع التشغيل الفعلي للمدة المتفق عليها وقع المستخدم على النموذج الخاص بالقبول مفيداً بذلك أن التسليم النهائي والموافقة النهائية قد حصلت.

فإذا تم هذا القبول من قبل المستخدم فإن هذا التصرف يترتب عليه نتائج بالغة الأهمية بخصوص عملية التسليم النهائي والتي تتجسد أهم نتائجها في الترخيص للمستخدم باستخدام البرنامج بعد قبوله لأن هذه الإجازة كانت واقفة على قبول المستخدم "المستخدم" وذلك خشية من قيامه بالتصرف بالبرنامج قبل قبوله أو إلحاق خلل به⁽¹⁾، وكذلك يعتبر القبول بمثابة تنازل المستخدم أو المستفيد عن أي عيب ظاهر في البرنامج وذلك لكونه علم به وأقر بموافقته من خلال قبوله للبرنامج وكذلك يترتب على القبول القيام بالوفاء بالبدل الذي يتم الاتفاق عليه سواء كان الوفاء مستقبلياً كله لحين القبول أو جزء منه⁽²⁾.

هذا ويمكن أن تكون عملية التسليم النهائي ضمنية وليست صريحة وذلك من خلال اتخاذ المستخدم موقفاً يكون دالاً دلالة صريحة على قبول البرنامج وتسلمه وذلك مثل قيامه بتسوية الحسابات مع

³ (1). راجع في ذلك د/ فاروق الحفناوي- موسوعة قانون الكمبيوتر ونظم المعلومات ج 1 عقد البرمجيات- ص 241- الاختبارات والقبول.
¹ (2). د/ محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص 83- 87. د/ ميرفت عبد العال - مرجع سابق ص 310، و د/ عزة خليل- مرجع سابق ص 164- 170.

² (1). د/ محمد لبيب شنب- عقد المقابلة- مرجع سابق ص 152- 153، د/ عبد الرزاق حسين سي- المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء- رسالة دكتوراة- جامعة القاهرة- 1987- ص 232.

المبرمج ودفع الالتزامات المتبقية أو فحص البرنامج وعدم إبداء أي تحفظ واستخدامه فكل هذه طرق تدل على القبول الضمني للبرنامج والذي يرتب آثار القبول الصريح تماماً⁽¹⁾.

أما في حالة عدم الاتفاق على توافر صفة من الصفات التي يجب توافرها في البرنامج وادعى المبرمج بتوافرها ففي هذه الحالة فإن أغلب الاتفاقيات والعقود في مجال الإعداد تشير إلى انتداب خبير فني في البرمجة محايد ليحكم على صحة إدعاء أحد الأطراف، ويتقاضى أجره من الشخص الذي كان ادعاؤه كاذباً ويلتزم بالوفاء بالتزامه الذي كان متوقفاً على صحة إدعائه⁽²⁾، أما إذا تبين أن البرنامج قد أخفق في معالجة البيانات بشكل كلي وليس مجرد أخطاء أي أن عدم تحقيق الغاية منه كانت كبيرة لدرجة مساسها بجوهر وظائفه وفقاً لما تم الاتفاق عليه فالمستخدم بالخيار في إعطاء فرصة أخرى للمبرمج لإعادة عمله وترتيبه ومعالجته مع تعويضه عن العطل والضرر اللذين لحقا به نتيجة هذا الإخفاق والتأخير وبين فسخ العقد واسترداد ما دفعه مع حصوله على التعويض المناسب إن كان له مسبب⁽³⁾.

ونلاحظ في ختام هذا الفرع أن تسلم البرنامج في عقود الإعداد يقترن دائماً بقبوله فالقبول هو الذي يجعل من التسليم والتسليم تامين وهو الذي يرتب الكثير من أهم آثار هذا العقد الأخرى كالترخيص بالاستعمال أو الاستخدام وكدفع البدل وكنفاذ عقد الصيانة المتفرع عن عقد الإعداد إن وجد فالتسليم

¹ (2) . د/ محمد لبيب شنب- المرجع السابق ص152.

² (3) . د/ ميرفت عبد العال- مرجع سابق ص308.

³ (1). راجع المادة 650 مدني مصري والمواد 785 و 786 مدني أردني والمواد 806 و 807 مشروع فلسطيني.

دون إبداء القبول يمكن أن يعني في الغالب رفض البرنامج بالشكل الذي هو عليه.

الفرع الثاني

جزء إخلال المستخدم بالالتزام بالتسليم

خلصنا في الفرع الأول إلى أن التسليم يعني كقاعدة عامة القبول والاعتراف بمطابقة البرنامج للمواصفات عبر الفحص والاختبار والاستخدام واتفقنا على أنه إذا تم التسليم على مراحل جزئية فإنه يصعب القول بتوافر القبول في عقود الإعداد (المعلوماتية) ما لم تكتمل كافة مراحل الإعداد ويتم اختبار الأجزاء مجتمعة واستخدامها والاطمئنان إلى كفاءتها في العمل ومطابقتها للغاية المأمولة منها⁽¹⁾. إن الأصل في قضية التسليم بالالتزام على المستخدم أو المستفيد في هذا العقد هو عدم اقترانها بإجراءات مشكلة معينة عدا اختبار القبول والاستخدام ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، ولكن نظراً لأهمية عملية التسليم في عقود إعداد البرامج وكما يمكن أن تثيره من مشاكل فإن عقد الإعداد غالباً ما يتضمن شروطاً خاصة توضح كيفية التسليم والتي تتمثل في أغلب الأحيان بالتوقيع على ملحق خاص بالعقد يفيد حصول التسليم بعد نجاح عملية القبول⁽²⁾ وتوضح جزء إخلال المستخدم أو المستفيد بالتسليم بالالتزام عقدي بعد نجاح اختبارات القبول فإن لم تتضمن هذه العقود مثل هذه الشروط فلا مفر من العودة لتطبيق الأحكام العامة الواردة في التشريع المدني بخصوص امتناع المستخدم عن تسليم البرنامج دون مسوغ أو سبب قانوني يتيح له

¹ (2). راجع المواد 435 و 655 من القانون المدني المصري.

² (1). د/ نوري حمد خاطر- مرجع سابق ص 192 193. ود/ محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص 86.

ذلك فقد أكد المشرع المدني في نصوصه على وجوب التنفيذ العيني على المستخدم إذا امتنع عن تسلم البرنامج وتقبله في الوقت المناسب، سواء كان ذلك حسب الاتفاق أو حسب ما يقتضيه العرف في مثل هذه العقود⁽¹⁾.

ويكون ذلك عبر إرسال إنذار رسمي من قبل المبرمج إلى المستخدم لتسلم⁽²⁾ البرنامج ومعاينته وذلك لإجراء عملية قبوله في فترة زمنية مناسبة حسب ما يقتضيه العرف في عملية إعداد مثل هذا البرنامج⁽³⁾ حيث يتم تحديد مدة من خلال الإنذار نفسه.

فإذا انتهت مدة الإنذار ولم يقم المستخدم بتسلم البرنامج، اعتبر أنه قد تسلمه حكماً، حتى ولو لم يتسلمه في الواقع وبالتالي يكون مسؤولاً عنه من حيث قبوله بالعيوب الظاهرة ومن حيث وجوب دفع المقابل وتحمله لتبعه الهلاك بعد انتهاء هذه الفترة التي تم منحه إياها وتحمله المسؤولية عن أي خلل يحدث للبرنامج وفي أي يد يكون [يد المبرمج أم يد المستخدم] كل ذلك بسبب أن المستخدم أو المستفيد لم يف بالتزامه بالتسلم بعد إنذاره وإعطائه فترة مناسبة للقيام بذلك حسب ما يقتضيه عرف المهنة⁽⁴⁾.

¹ (2). راجع المواد 655 مدني مصري و 792 مدني أردني و 812 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

² (3). نلاحظ هنا أن المشرع المصري أوجب أن يكون الإنذار من المفاوض إلى رب العمل إنذار رسمي بالتسليم وهذا توجه أدق وأفضل من المشرع الأردني والمشروع الفلسطيني في هذا الشأن اللذين اشترطا توجيه إنذار ولكن لم يشترطا أن يكون هذا الإنذار رسمي- راجع المواد المشار إليها أعلاه في الهامش رقم 1.

³ (1). د/ محمد ليب شنب- عقد المقابلة- مرجع سابق ص153 ود/ السنهوري- الوسيط- المجلد السابع ج1- مرجع سابق ص154.

⁴ (2). د/ محمد ليب شنب- عقد المقابلة- مرجع سابق ص154 و د/ السنهوري- الوسيط- المجلد السابع ج1- مرجع سابق ص153.

إن الالتزام بالتسليم هو كقاعدة عامة التزام بتحقيق نتيجة، يتحقق الإخلال به بمجرد عدم إتمامه أو التأخير في إتمامه أو إتمامه بطريقة معيبة ولذلك قلنا أنه يجب العمل بالقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين والتي تقضي كما بينا سابقاً بأنه في حالة لم يوف أحد الطرفين بالالتزامه جاز للطرف الآخر بعد ائذار المدين أن يطالب بالتنفيذ العيني أو بالفسخ مع التعويض في الحالتين إذا كان له مقتض⁽¹⁾. وبالتالي وبناء على هذه الإمكانيات القانونية فإن المبرمج له اقتضاء تعويض حتى عن الفرص التي أضاعها إعمالاً لمشروع المستفيد أو المستخدم طالما أن هذا الأخير لم يتسلم العمل تعنتاً ودون إبداء أسباب مقنعة تتيح له ذلك وكذلك فيما لو طلب التنفيذ العيني يجوز له أن يطالب بالتعويض معه جنباً إلى جنب عن كل يوم تأخير في التسليم بعد انتهاء المهلة التي حددها في ائذاره طبعاً إذا أثبت أن ضرراً قد لحق به جراء هذا التأخير وكذلك له كما بينا سابقاً أن يطلب الفسخ مع التعويض... الخ.

المطلب الثالث

الالتزام بدفع المقابل

يعتبر الالتزام بدفع المقابل "الأجر أو البذل" من الالتزامات الجوهرية المترتبة على المستخدم هذا بالإضافة إلى كون هذا المقابل ركناً من أركان العقد، وحتى تبرأ ذمة المستخدم من تنفيذ هذا الالتزام فيجب الوفاء به في المكان والزمان المحدد في العقد، فإن لم يتم تحديدهما، فيتم الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني وتطبيقها على هذا

¹ (1). يمكن مراجعة المادة 1/157 من القانون المدني المصري وهي تتطابق المادة 1/246 من القانون الأردني والمادة من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

العقد فيما يتناسب معه كالتزام أساسي يقع على عاتق المستخدم أو المستفيد في عقود الإعداد. فمتى تم التسليم وقبول البرنامج يعتبر الوفاء بالبدل أثراً من آثار هذا القبول والتسليم على المستخدم الوفاء به، وخصوصاً وأن أغلب الصور الشائعة في عقود الإعداد يكون بها المستخدم قد قام بدفع جزء من هذا المقابل واشترط دفع الجزء المتبقي بعد تسلم البرنامج وقبوله. ويكون هذا المقابل عادة مبلغ من النقود محدد بعملة معينة ويجب التمييز هنا ما بين الحديث عن عقد بيع والذي يعتبر فيه تحديد الثمن أو البديل ركناً جوهرياً يؤدي عدم تحديده إلى بطلان العقد وبين ما إذا تم تكييف العقد على أن عقد من عقود الإيجار أو المقاوله فإن عدم تحديد الثمن لا يؤدي إلى بطلان العقد⁽¹⁾ إذ يمكن تحديده لاحقاً على إبرام العقد وتحت رقابة القاضي.⁽²⁾

ولقد أوجب المشرع المدني سواء في مصر أو في الأردن أو في مشروع القانون المدني الفلسطيني

¹ (1) . راجع المواد 418، 419، 423، 424 من القانون المدني المصري و المادة 479 من القانون المدني الأردني تنص على [يشترط أن يكون الثمن المسمى عند البيع معلوماً ويكون معلوماً 1- بمشاهدته والإشارة إليه إن كان حاضراً 2- ببيان مقداره وجنسيه ووصفه إن لم يكن حاضراً 3- بأن يتفق المتبايعان على أسس صالحة لتحديد الثمن بصورة تنتفي معها الجهالة حين التنفيذ] والمواد 486 و 487 من المشروع المدني الفلسطيني والذي جاء مطابقاً لنصوص مواد القانون المدني المصري في هذا الشأن لكنه اختزلها في مادتين فقط وليس في ثلاثة مواد كما فعل المشرع المصري ونرى أن موقف المشرع سواء في مصر أو الأردن أو المشروع الفلسطيني كلها واضحة ولو اختلفت الصياغة في إبطالها للعقد أو إذا تخلف موضوع تحديد الثمن ولم يتم الاهتمام إلى نية المتعاقدين في تحديده.

² (2) . تنص المادة 659 من القانون المدني المصري على [إذا لم يحدد الأجر سلفاً وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات الما قول] وهي تقابل المادة 796 من القانون المدني الأردني والمادة 818 من مشروع القانون المدني الفلسطيني- ولمزيد من التفصيل راجع د/ محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص 98-99 و د/ حسن جميعي- عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص 22.

الوفاء بدفع البديل فور الانتهاء من إعداد البرنامج وتسلمه من قبل المستخدم⁽¹⁾ إلا إذا كان هناك اتفاق آخر بين الأطراف فيعمل به ويتم تطبيقه بدل هذه القواعد المكملة في القانون المدني بشرط أن لا يخالف الأحكام العامة لعقد المقاوله، لأن هذا العقد وكما أوضحنا سابقاً يعتبر عقداً من ضمن عقود المقاوله.

فمتى أوفى المبرمج بالتزاماته وتم قبول البرنامج من قبل المستخدم فإن على هذا الأخير الوفاء بالبديل الواجب عليه والمحدد في العقد وسواء تم الاتفاق عليه صراحة أو ضمناً أو متى تم استظهاره من أهمية البرنامج وقيمه ومدى الجهد الذي بذله المصمم "المبرمج" في إعداداته فالتزام المستخدم بدفع البديل يكون مقابلًا للبرنامج الذي قام المبرمج بإعداداته ويكون هذا البديل ملزم له سواء تم تحديده جزئياً أم كلياً أم أغفل تحديده أو تحديد جزئية منه⁽²⁾.

هذا بالإضافة إلى كون المادة 660 من القانون المدني المصري تنص على [1-يستحق المهندس المعماري أجر مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقايسة وآخر عن إدارة الأعمال 2-إذا لم يحدد العقد هذه الأجور وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري⁽³⁾ وبالقياس على هذه المواد نلاحظ أن

¹ (1). تنص المادة 656 من القانون المدني المصري [يستحق دفع الأجر عند تسلم العمل إلا إذا اقتضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك] وهي تطابق المادة 739 من القانون المدني الأردني والمادة 813 من مشروع القانون المدني الفلسطيني التي استثنت العرف وأبقت على الاتفاق الذي يقضي بغير ذلك.

² (2). السنهوري- الوسيط المجلد السابع ج 1- مرجع سابق ص 198 ود/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص 193.

³ (1). تنص المادة 797/1 من القانون المدني الأردني [إذا لم يتفق المهندس الذي قام بتصميم البناء والإشراف على تنفيذه على الأجر استحق أجر المثل طبقاً لما جرى عليه العرف]. وتطابق المادة 819 من مشروع القانون المدني الفلسطيني و المادة 660 من القانون المدني المصري في هذا الشأن والمشار إليها أعلاه.

المشرع المدني قد أوجب دفع البديل حتى عن التصاميم التي قام المبرمج بوضعها للبرنامج فضلاً عن أجره عن التنفيذ والإشراف، ونرى أن النصيحة التي يقدمها المبرمج إلى المستخدم تدخل في نطاق هذا الالتزام بوجوب دفع بدل مناسب عنها والتي تؤدي إلى تحقيق غايات المستخدم من البرنامج وذلك لكونها اقتضت جهداً من المصمم لإيجاد ما يناسب حاجات المستخدم.

أكثر من ذلك في حالة ما إذا كان عقد الإعداد يتضمن نقل حق الاستغلال المالي للمستخدم أو للمستخدم من قبل المبرمج أو المصمم "مالك حقوق المؤلف أو حقوق النشر" فله أن يشترط مشاركة المستخدم في نسبة من الإيرادات التي تعود عليه نتيجة استغلاله للبرنامج محل التعاقد وذلك كمقابل أو كبدل أجره عن الإعداد⁽¹⁾ فإذا اكتشفت أن الأجر أو البديل الذي حصل عليه مجحف بحقه أو حدثت ظروف أدت إلى تحقيق أرباح مهولة بواسطة استغلال البرنامج الذي قام بإعداده فله أي المبرمج أو المصمم مالك حقوق المؤلف أن يطالب بزيادة البديل أو الأجر الذي كان قد تم الاتفاق عليه⁽²⁾ وكل ذلك لأن طبيعة البرنامج المعد فيها دائماً ابتكار وإبداع ذهني وأدبي يصعب تقديره بالمال ويمكن له أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بهذا الحق الذي كفله القانون.

¹ (2). المادة 150 من القانون رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية الملكية الفكرية "المصري" [للمؤلف أن يتقاضى المقابل النقدي أو العيني الذي يراه عادلاً نظير نقل حق أو أكثر من حقوق الاستغلال المالي لمصنفه إلى الغير على أساس مشاركة نسبية في الإيراد الناتج عن الاستغلال...]

² (1). المادة 151 من القانون المشار إليه في الهامش رقم (1) [إذا تبين أن الاتفاق المشار إليه في المادة 150 من هذا القانون مجحف بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد يكون للمؤلف أو خلفه أن يلجأ إلى المحكمة الابتدائية بطلب إعادة النظر في قيمة المقابل المتفق عليه مع مراعاة حقوق المتعاقد معه وعدم الاضرار به.].

ومع أن القانون لم يحدد ولم يشترط أن يكون البديل أو الأجر نقدي بل أجاز أن يكون عيني⁽¹⁾ كذلك إلا أن العرف في عقود الإعداد جرى على أن يكون البديل نقدياً⁽²⁾، وعليه فليس من حق المبرمج أو المصمم أن يطالب بزيادة أجره فيما لو زادت أو نقصت قيمة النقود المتفق عليها أو ارتفعت الأسعار حتى لو أدى هذا التغير إلى جعل التنفيذ صعباً عليه ولكن كل ذلك شرط أن لا يهدم هذا التغير التوازن الاقتصادي ما بين التزامات أطراف العقد فإن حدث فالقضاء هو المختص بتقدير زيادة الأجر من عدمه أو فسخ العقد⁽³⁾.

أما بخصوص كيفية وفاء المستخدم بالبديل أو الأجر فإن عليه الالتزام بالآلية التي تم الاتفاق عليها في العقد بخصوص كيفية الوفاء أو حسب ما يقتضيه العرف من حيث زمان ومكان الوفاء بالبديل، ويلتزم المستخدم أو المستفيد كذلك يرفع هذا البديل أو الأجر في الوقت الذي تم تحديده في العقد إذا كان هناك تحديد لهو ومما يلاحظ في عقود الإعداد أن الدفع يكون على مراحل فيلتزم المستخدم بدفع جزء من البديل إلى المبرمج عند إبرام العقد مع بدئه بالتنفيذ على أن يتم الوفاء بباقي الأقساط على مراحل أو بعد تسلم البرنامج وقبوله أو بعد انتهاء المبرمج من كل مرحلة من مراحل الإعداد على أن يستبقى دائماً جزءاً مهماً من البديل يتم أدائه مع صدور القبول

¹ (2). المادة 646 من القانون المدني المصري وتقابل المادة 780 من القانون المدني الأردني والمادة 800 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

² (3). د/ نبيلة رسلان- مرجع سابق ص225-226، د/ نوري حمد خاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص193.

³ (1). يمكن مراجعة المواد 658/3/4 من القانون المدني المصري 794 من القانون المدني الأردني و 816/3 و 817 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

النهائي بعد التشغيل⁽¹⁾ وخصوصاً وأن أغلب عقود الإعداد تحتوي فترة تسمى فترة الضمان وفي هذه الفترة يضمن المبرمج أو المنتج أو [البائع حسب ما اتفق] صلاحية البرنامج في أدائه لوظائفه لمدة معلومة يكون خلالها المبرمج مسؤول عن أي خلل يحدث فيه وعن معالجته⁽²⁾ فغالباً ما يلجأ المستخدم إلى هذا البند في عقود المعلوماتية "الإعداد" عندما يجد نفسه عاجزاً عن فهم مكنونها وتعقيدها وصلاحياتها للعمل وخصوصاً عندما يكون أمام شركات عملاقة فيلجأ إلى الاتفاق على الضمان وبغض النظر عن طبيعة عقد البرامج [بيع، مقاوله، إيجار] ملزماً هذه الشركات باستبدال البرنامج أو إصلاحه عند حدوث أي خلل فيه وخصوصاً وأن المستخدم يري دائماً في قواعد الضمان الاتفاقية الملزمة أسلوباً أفضل بكثير من لجوئه إلى قواعد العيوب الخفية لحمايته فغالباً ما يتعذر عليه ذلك أمام الطبيعة المعقدة للبرامج وبالتالي نجده يشترط دفع الدفعات الأخيرة بعد انتهاء فترة الضمان في الغالب. فإن لم يتم تحديد هذه المواعيد بالاتفاق فلا مجال إلا الرجوع إلى العرف المتبع في مثل هذه العقود والذي يدل كما أسلفنا على دفع جزء من المقابل عند إبرام العقد وبدء التنفيذ والجزء المتبقي عند قبول البرنامج واعتباره مطابقاً للغاية والمواصفات والمقاييس المتفق عليها. وبخصوص مكان الوفاء بالمقابل أو الأجر فيجب الوفاء به في المكان المتفق عليه بناء على إرادة أطراف العقد وكذلك إذا لم يكن هنالك اتفاق على

¹ (2). د/ محمد حسام لطفي- عقود خدمات المعلومات- مرجع سابق ص149-163. ود/ محمد حسين منصور- مرجع سابق ص110 ود/ حسن جمبجي - عقود برامج الحاسب- مرجع سابق ص290-291.
² (1). يمكن مراجعة - د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص244 وهامشها. ود/ محمد حسين منصور- مرجع سابق ص109.

المكان فيم الوفاء في المكان الذي يتم تسليم البرنامج له وهو العرف في عقود الإعداد⁽¹⁾ فإن لم يتم تطبيق ذلك أو معرفة أو تحديد عرف ما نعود إلى القواعد العامة التي توجب أن يتم دفع المقابل في موطن المستخدم على اعتبار أن المقابل النقدي من المثليات وأن المبرمج سيقوم بتسليم البرنامج في موطن المستخدم⁽²⁾ ولكن لكي نكون واقعيين فإن الدفع في هذه الأيام وفي مثل هذه العقود سيكون في الغالب دفع بواسطة البنوك أو بطاقات الائتمان أو الشيكات أو البطاقات الالكترونية ... الخ من وسائل التكنولوجيا الحديثة.

وأخيراً نقول إن عدم التزام المستفيد أو المستخدم بدفع المقابل أو الأجر المتفق عليه يجعله يتحمل المسؤولية عن الإخلال بالتزام عقدي ويعطي المبرمج الحق في اللجوء إلى الطرق والوسائل القانونية المشروعة في سبيل الحصول على هذا الحق.

المبحث الثالث

المسؤولية عن الإخلال بالتزام

بالرغم من تطرقنا في المبحثين السابقين من هذا الفصل لبعض حالات المسؤولية عن إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التي قررها عقد الإعداد، إلا أننا فضلنا أن نبحث المسؤولية بشكل عام في مبحث مستقل من هذا الفصل، وذلك لأنها يمكن أن تثور في عقود الإعداد بشكل يتميز بعض الشيء عن أحكام المسؤولية العقدية بشكل عام.

⁽¹⁾ د/ محمد حسين منصور- مرجع سابق ص 98-99. د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص 243 وهامشها.

⁽²⁾ راجع في ذلك د/ محمد ليبب شنب- أحكام عقد المقولة- مرجع سابق ص 156 د/ السنهوري- الوسيط- مجلد 7 ج 1- مرجع سابق ص 254.

فقد يخل المبرمج أو المستخدم "المستفيد" بالتزام رتبة عليه العقد وذلك إما بامتناعه عن التنفيذ لأحد هذه الالتزامات ولتأخره في تنفيذها ويمكن أن يكون هذا الإخلال ناتج أيضاً عن التنفيذ المعيب لهذه الالتزامات أو لبعضها مما يترتب عليه الفسخ أو الانحلال مقترنين بالتعويض إن كان له مسوغ. وهذه المسؤولية التي تنشأ عن هذا الإخلال هي مسؤولية عقدية إلا إذا ارتكب المدين بها غشاً أو خطأ جسيماً فتصبح المسؤولية تقصيرية وذلك لكون هذه الأفعال غير متوقعة وترتب ضرراً غير متوقع مما يدخلها في دائرة المسؤولية عن الفعل غير المشروع⁽¹⁾.

وبما أن شروط المسؤولية العقدية هي من القواعد العامة فلا يوجد ما يميزها في عقود الإعداد كما أسلفنا أعلاه عن غيرها من العقود الا قضية التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي وكذلك شرط الإعفاء من المسؤولية الذي يلجأ إليه المبرمج أو المنتج في أغلب تعاقداته لذلك وتحاشياً للتكرار ولشيوع تطبيق هذه الشروط على عقود الإعداد سنقوم بدراستهما عبر مطلبين متتاليين لنبحث في مدى قانونيتهما ثم سنبحث في التعويض في عقود الإعداد في مطلب ثالث.

المطلب الأول

الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي)

يعرف الشرط الجزائي في عقود الإعداد بأنه الشرط الذي يلحق بالعقد ويحدد فيه المتعاقدين مقدار التعويض المترتب على أحد المتعاقدين إذا أخل بالتزام معين أو إذا امتنع عنه أو إذا تأخر في تنفيذه أو

¹ (1). راجع المادة 217/2 من القانون المدني المصري والمادة 358/2 من القانون المدني الأردني والمادة 373/1 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

إذا نفذه معيلاً¹. فيكون هذا التعويض هو سقف ما يستحق أحدهما من قيمة معينة نتيجة إخلال الآخر بالتزامه، أي أن قيمته محددة سلفاً باتفاق أطرافه. والشرط الجزائي شائع في عقود الإعداد سواء مقاوله الإعداد أو الترخيص باستعمال برنامج ما أو عقود الإيجار الواردة على بعض البرامج الخاصة⁽²⁾. وكما أسلفنا فهو اتفاق مسبق فيما بين المتعاقدين على تقدير حجم الضرر الذي تعرض له أحدهما نتيجة إخلال الآخر بالتزام كان قد رتبته عقد الإعداد عليه بحيث لا يعتبر جزاءً أو عقوبة رغم تسميته بذلك وإنما في الحقيقة هو تعويض مدني جزافي واجب الأداء في حالة إخلال المدين بالتزام رتبة العقد عليه دون أن يلتزم الدائن بإثبات الضرر أو مقداره لأنه كما تقدم قد تم تقديره سلفاً حتى يتم إعمال الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي في عقد الإعداد كما في العقود الأخرى فيجب إعدار المدين بضرورة التنفيذ أو بضرورة الإسراع أو حيثما اتفق ويرجع في ذلك إلى شروط العقد لبيان إن كان الاعذار سيأخذ حكم القواعد العامة بضرورة حصوله أم أنه قد تم الاتفاق على شكل معين له أو حتى قد تم الاتفاق على استثنائه⁽³⁾.

¹ لمزيد من التفصيل راجع د\ أبو العلا علي أبو العلا النمر- مرجع سابق ص74 وما بعدها و د/ فاروق الحفناوي- عقود البرمجيات، مرجع سابق، ص105.

² هناك بعض شركات البرمجة تشترط حد أقصى للتعويض الاتفاقي، بحيث لا يزيد هذا الحد عما دفعه المستخدم "أو المستأجر للبرنامج" كرسوم إيجار أو بدل استعمال لمدة معينة غالباً ما تكون سنة يتم تطبيقه إذا وجدت حالات يرفض فيها القانون اشتراط الإعفاء من المسؤولية ويكون حداً أقصى للإخلال بأي التزامات عقدية... الخ راجع - د/ عادل أبو هشيمة- مرجع سابق ص224-225 ود. فاروق الحفناوي- المرجع السابق ص106 و د/ نوري حمد خاطر- عقود معلوماتية مرجع سابق ص221.

³ (1).المادة 218 من القانون المدني المصري (لا يستحق التعويض إلا بعد اعدار المدين ما لم ينص على غير ذلك) تقابل المادة 361 القانون المدني الأردني والمادة 278 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

وعلى ذلك نلاحظ أن دور الشرط الجزائي يقتصر على تعويض الضرر الذي تم توقعه عن الإخلال بالالتزام عند التعاقد ولا يشمل ذلك تعويض الضرر الناشئ عن الغش أو الخطأ الجسيم لأن هذا يدخل في دائرة العمل غير المشروع، فحتى لو كان الشرط الجزائي قد تم تقديره وإقراره بموجب عقد إعداد وحصل للمستخدم أو المستفيد ضرراً بسبب غش المبرمج أو خطأه الجسيم، فلا يتم الاعتداد به، بل يتم تقدير التعويض المستحق عن ذلك بعيداً عن قواعد المسؤولية العقدية أو التعويض الاتفاقي ويتم الاستناد الى قواعد التعويض عن الفعل الضار (المسؤولية التقصيرية)⁽¹⁾ والتي دائماً يكون فيها أحكام التعويض كما هو معروف أشد وأقصى منه في المسؤولية العقدية.

وغني عن القول أن الشرط الجزائي إن كان مقرراً في عقود الإعداد مثلاً للتعويض عن التأخير في تسليم البرنامج فلا يعمل به للتعويض عن شيء آخر كالامتناع عن التسليم أو التسلم الغير مطابق للمواصفات ودلالة الحديث ان الشرط الجزائي يعمل به حيثما ورد ليعالج ما ورد لأجله، فقد يكون للامتناع عن التسليم سبباً مشروعاً كالحق في الحبس في الالتزامات المتقابلة.... الخ، المهم في هذا أن لا يتم تعميم الشرط الجزائي إن كان مخصصاً لحالة على الحالات الأخرى وبنفس هذا المفهوم نقول أن الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي إن كان موضوعاً كحد أقصى للتعويض مثلاً عن عدم تنفيذ العقد وحالات أخرى أقل جسامة من عدم التنفيذ فلا

¹ (2). المادة 211 من القانون المدني المصري (1- في الالتزام.... 2- وفي كل حال يبقى المدين مسؤولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم) والمادة 217/3 من نفس القانون (ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع). تقابل المواد 270 و 271 من القانون المدني الاردني والمواد 269/2 و 275/2 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

يعمل به على إطلاقه وللتوضيح نقول أن عدم التنفيذ مثلاً ليس كمثّل التأخير في التسليم أو التأخر في الانتهاء من العمل وبالتالي تسليمه ولذلك ليس من العدالة أن يطالب الدائن المدين بقيمة التعويض كما هي في الشرط الجزائي عن عدم التنفيذ لتشمل وتساوي قيمة التعويض عن التأخير وخصوصاً وأن شركات البرمجة تضع دائماً حداً أقصى للتعويض يكون يتلاءم مع أقصى درجات الإخلال لكي تبقى القضية نسبة وتناسب، وعليه يجب دائماً احترام القوة الملزمة للعقد.

ولا يخفى أن هناك سلطة تقديرية للقضاء في تقدير قيمة التعويض المستحق حقيقة فيما لو أثبت المدين أن الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد كان مبالغاً فيه كثيراً أو أنه قد قام بتنفيذ جزء من التزاماته ولكن لا يجوز في نفس الوقت أن يطالب الدائن زيادة قيمة هذا التعويض الاتفاقي حتى لو جاوز حجم الضرر ما تم توقعه عند الاتفاق عليه وفي مقابل هذه القاعدة، فإن الدائن له الحق في التعويض عن إخلال المدين بالتزامه حتى لو أثبت هذا المدين أن الدائن لم يلحقه أية أضرار نتيجة عدم تنفيذه لما هو واجب عليه بموجب العقد⁽¹⁾. فهذا ما تم اتفاقهم وتراضيهام مسبقاً عليه، وبالتالي يجب العمل به حتى

¹ (1). المادة 224 مدني مصري (1). يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. 2. يجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه أو أن الالتزام الأصلي كان قد نفذ في جزء منه. 3. يقع باطل كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين (والمادة 225 (إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً) ولم يأخذ المشرع في القانون المدني الأردني إلا بالتعويض عن الضرر الحقيقي والمباشر- راجع في ذلك- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني مرجع سابق شرح المادة 164 وكذلك فعل المشرع الفلسطيني في مشروع القانون المدني في المادة 276 (لا يكون التعويض الاتفاقي مستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر)

أن القضاء الفرنسي يميل الى إعمال الشرط الجزائي كما هو حتى لو كان مبالغاً فيه وذلك توجيهاً وضغطاً منه على المتعاقدين بضرورة الوفاء عينا بالتزاماتهم⁽¹⁾.

والشرط الجزائي له فاعلية كبيرة في عقود إعداد البرامج في حث كلا الطرفين على تنفيذ التزاماتهم المتقابلة بحيث يكون بمثابة دافع لهما للقيام بها على الرغم من أن القضاء له دور في تعديل هذا الشرط إن لم يتناسب مع الضرر ولكن ولما تقدم فإن القضاء الحديث يميل إلى ترك الشرط الجزائي كما هو وذلك لاعتبارات منها أنه قد وضع بملى إرادة الأطراف وكامل حريتهم وأن يقاؤه وعدم تخفيفه سيكون دافعاً للمتعاقدين دائماً بالوفاء بالتزاماتهم هذا إذا ما أضفنا أنه في نظر المدين به فليس مضموناً تخفيف الشرط الجزائي وإن تم تخفيفه فلن يتجاوز ذلك استنفاد الحاجة من وضعه.

وأخيراً فإن عقود الأعداد يمكن ان تحتوي على شرط جزائي على شكل فوائد تأخيرية ونلاحظ ذلك عادة بامتناع المستخدم او المستفيد عن دفع باقي المبالغ التي في ذمته للمبرمج أو تأخيره في ذلك بحيث يكون العقد أساساً قد رتب هذه الفوائد ونص عليها فيما لو تأخر السداد وفي هذه الحالة يجب الرجوع الى القواعد العامة أيضاً والتي تقضي باستحقاق هذه الفوائد منذ تاريخ إعدار المدين بسداد الدين المستحق فالاعذار هنا يشكل بداية المطالبة القضائية وخصوصاً إذا تم الاعذار بطريقة رسمية⁽²⁾.

¹ (2). د/ نوري حمد فاطر- عقود المعلوماتية- مرجع سابق ص 222.

² (1). راجع المواد 226 من القانون المدني المصري والتي تشترط بالإضافة إلى الاعذار وكون الالتزام سداد مبالغ من النقود تشترط قدران لفوائد التأخير سواء كانت اتفاقية أو قانونية لا يزيد عن 4 بالمئة في المسائل المدنية و5 بالمئة في المسائل التجارية والمادة 227 من نفس القانون التي أجازت أن يكون سعر الفائدة 7 بالمئة والمادة 228 التي لا تشترط لاستحقاق فوائد التأخير ان يثبت الدائن ان ضرراً قد

المطلب الثاني

شرط الإعفاء من المسؤولية

الأصل وكما هو معروف أن المسؤولية العقدية منشأها العقد أي اتفاق الأطراف ورضائهم التام بهذه المسؤولية وآثارها وبناءً على ذلك يكون لهم تعديلها بتشديدها أو تخفيفها⁽¹⁾. وذلك طبعاً في حدود الآداب والنظام العام وعلى هذا جاء نص المادة 217 من القانون المدني المصري فقررت (1- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، 2- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو خطاه الجسيم...)⁽²⁾

إصابه، وقد تهرب المشرع الأردني في القانون المدني من النص على الفوائد ولكن القضاء في الأردن يعمل بها انطلاقاً من نصوص قانونية أخرى معتبراً أن هناك ضرراً يقع دائماً إذا كان محل الالتزام مبلغ من النقود وتأخر المدين في سداده يجب أن يترتب عليه فوائد، وكذلك فعل مشروع القانون المدني الفلسطيني فلم يتطرق إلى الفائدة رغم أن القضاء في فلسطين يعمل بها لمزيد من التفصيل- راجع د/ أنور سلطان- مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني- مرجع سابق ص 261- 280 وانظر كذلك. تميز حقوق رقم 486/81 في 5/10/1981 مجلة نقابة المحامين 1982- عمان س 30 ع 4 ص 484. انظر كذلك تميز حقوق رقم 768/82 في 29/10/1983 مجلة نقابة المحامين- عمان 1983 س/31 ع 5 ص 1565.

¹ (1). استأذنا د/ أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام - الكتاب الأول- مرجع سابق ص 360 و د/ أنور سلطان- مصادر الالتزام- مرجع سابق ص 405.

² (2). لم يتضمن القانون المدني الأردني نص مشابهاً أو مقابلاً لنص المادة 217 من القانون المدني المصري والتي أوردتها مشروع القانون المدني الفلسطيني في مادته رقم 273 كما هي وبفيد ذلك أن المشرع الأردني يجيز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية وذلك يتأكد لنا من نص المادة 364 من القانون المدني الأردني والتي تنص على (1- يجوز للمتعاقدین ان يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون 2- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناءً على طلب احد الطرفين ان تعدل هذا الاتفاق بما يجعل التعديل مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك) ومعنى ذلك أيضاً انه حتى لو اتفق على تعديل أحكام المسؤولية فان احد الأطراف

الظاهر من هذه المادة ان الأصل في القانون المدني المصري هو حرية المتعاقدين في تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء أو التخفيف منها أو التشدد والتشديد فيها (بالاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة) كما هو صريح نص المادة السابقة وليس في هذا ما يخالف النظام العام وذلك كما أسلفنا لأن من المنطق منح الإرادة التي أنشأت المسؤولية الحق في تعديلها. ولا يرد على هذا الحق حسب القواعد العامة الاستثناء ان احدهما نص عليه المشرع المصري والآخر قال به الفقهاء وهما ⁽¹⁾:

أولاً: حالة الغش والخطأ الجسيم فلا يجوز مطلقاً الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها فيما لو ارتكب احد أطراف العقد غشاً تجاه الآخر أو خطأ جسيم وبقياس ذلك على عقود إعداد برامج الحاسب الآلي يمكن أن يتجسد الغش أو الخطأ الجسيم في صورة الفيروس الذي يقوم المبرمج بوضعه في البرنامج محل الإعداد عند تسليمه للمستخدم أو أثناء فترة الصيانة أو الضمان ويقوم بتشغيله في وقت معين لتدمير هذا البرنامج أو شل عمله وتدمير ذاكرة الحاسب فيما لو لم يف المستخدم أو المستفيد بالتزاماته في المواعيد المحددة فإن أوفى يقدم له المبرمج الوسيلة

دائماً له مصلحة في تعديل هذا الاتفاق ولذلك قلنا بعدم اخذ المشرع الأردني مطلقاً بقضية الإعفاء من المسؤولية ونسبياً بقضية تخفيفها أو تجديدها ومما يلاحظ في هذه المادة انها تحدثت عن مقدار التعويض "الضمان" ولم تتحدث عن طبيعة الالتزام والذي يمكن تعديل المسؤولية من خلال طبيعته فبدل ان تكون التزام ببذل عناية يمكن الاتفاق فيما لا يخالف النظام العام والآداب على ان تكون طبيعة الالتزام تحقيق نتيجة وبذلك يتم تجديد أحكام المسؤولية مثلاً للمزيد من التفاصيل راجع المذكرات الإيضاحية في القانون المدني الأردني ج 1 مرجع سابق ص 416-417.

¹ (1). د/ أنور سلطان- مصادر الالتزام- مرجع سابق ص 406. د/ أحمد شرف الدين- نظرية الالتزام- مرجع سابق ص 361.

المناسبة لوقف الفيروس وتدميره أو بهدف الابتزاز والحصول على مكاسب معينة...الخ. وبالإضافة إلى كون المبرمج يضمن عدم التعرض ويضمن العيب الخفي وبغض النظر عن الصورة التي تم فيها عقد الإعداد -إيجار بيع- مقابلة إلا أن القضاء والفقه تشدداً في منع هذه الطرق بحيث لم يجز للمبرمج القيام بها وتعاملها مع الموضوع انطلاقاً من كونه غشاً وخطأً جسيماً يوجب التعامل مع المبرمج وفق أحكام المسؤولية التقصيرية وليس العقدية، ومن المعروف أنه التعويض عن المسؤولية التقصيرية سيكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع على عكس المسؤولية العقدية وبنص القانون أيضاً أن لا مجال لوضع شرط يعفي المبرمج من المسؤولية عن غشه أو خطأه الجسيم. وكل ذلك رفضاً من القضاء والفقه لمثل هذه الأساليب في عقود البرامج⁽¹⁾. حتى أن بعض القوانين⁽²⁾ اعتبرت ذلك احتيلاً خصوصاً عندما يكون البرنامج في يد المستخدم وتتم زراعة الفيروس لتحقيق هذه الأغراض حتى لو تأخر المستخدم في السداد فهذا لا يبرر حصول تدمير كامل لبرنامجهم يمكن أن تترتب عليه أضراراً فادحة لم تكن في الحسبان ولذلك لا يمكن القبول بهذا الأسلوب حتى لو كان لدى المبرمج أسباب لعدم التنفيذ .

ففي قضية⁽³⁾ ما بين شركة Clayton وهي شركة أمريكية تتعامل في أجهزة أشعة x والأفلام

¹ (1). د/ محمد حسين منصور المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص 247-255 و د/ عزة خليل- مرجع سابق 58 و116 و281.

² (1). راجع المادة A/3/1030 من القانون الفيدرالي للتجارة الموحد. الذي اعتبرت هذا العمل من قبيل الاحتيال والمادة 387 معدلة- من القانون الجنائي الكندي لسنة 1985 والتي اعتبرت هذا العمل جريمة غير مبررة مهما يكن الدافع والمادة 303 من القانون الألماني الثاني للوقاية من الجريمة الاقتصادية الصادر عام =1986=...الخ قامت بترجمتها وأشارت إليهما - د/ عزة خليل مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب- رسالة- مرجع سابق هامش ص 68-69.

³¹ Clayton xray.cov.professional systems crop. 1991.

والأحماض الخاصة بها بحيث تبيعها للأطباء
والمستشفيات وشركة (psc) وهي كذلك شركة
أمريكية مختصة بتصميم وتوريد برامج الكمبيوتر
واسمها بالكامل Professional systems crop.
بحيث تعاقدت الأولى مع الثانية على توريد برنامج
كمبيوتر يقوم بالإدارة والرقابة على عملياتها في شهر
شباط عام 1983 وقد عمل مهندسي شركة psc
حوالي 1100 ساعة عمل لإصلاح الأعطال التي
ظهرت في البرنامج في حينه وفي بدايات عام 1986
أبلغت شركة psc شركة Clayton انها انتقلت الآن
من مرحلة تركيب وتشغيل البرنامج الى مرحلة
الصيانة والدعم الفني standard support and
possible modification need phase
وطالبتها بالتالي بدفع باقي مستحقات العقد الموقع
معهما فرفضت شركة clayton دفع باقي المستحقات
متذرة بوجود بعض الاخطاء بالبرنامج فقامت
PSC دون أن تدري شركة Clayton بزرع فيروس في
البرنامج يؤدي إلى توقف البرنامج تماماً العمل في
وقت تم تحديده سلفاً¹ وهو في قضيتنا كان
31/10/1986 وحيث هل توقف البرنامج عن العمل
فعلاً وظهرت على الشاشة رسالة تقول "راجع PSC
بخصوص مستحقاتها طرفكم" ولكن شركة Clayton

Raysman and peter brown. Law
journal.v.1.1998.p.r.p.7-8.

¹ (1). في لغة البرمجيات- القنبلة الموقوتة time bomb، حيث يتم
وضع الفيروس في البرنامج فيستقر في الذاكرة الرئيسة للجهاز وينتظر
حتى تشير ساعة الكمبيوتر أو الحاسب الى تاريخ معين فيقوم بتشغيل
نفسه وتنفيذ اعمال تدميرية وتميز هذا النوع من الفيروسات بان
البرنامج الذي يحتوي عليها يبقى يعمل بكفاءة ودون أخطاء طيلة
الحدة قبل حلول ساعة الصفر وكذلك هذه الفيروسات تتميز بقدرتها
على الانتقال من برنامج الى اخر بسرعة كبيرة جداً. لمزيد من
التفاصيل راجع- د/ عزة خليل مرجع سابق ص62. و د/ فاروق
الحفناوي- عقود البرمجيات- مرجع سابق ص80. و د/ محمد حسين
منصور- المسؤولية الالكترونية- مرجع سابق ص244-24

قامت بالتعاقد مع مبرمج آخر استطاع التغلب على الفيروس وإصلاح الخلل وحين رفعت القضية إلى المحكمة في ولاية نيويورك الأمريكية طالبت شركة Clayton بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها جراء توقف البرنامج بسبب تصرف PSC وحين طالبت شركة PSC بباقي مستحقاتها وجاء حكم المحكمة ليؤكد ما قلناه في هذه النقطة من رفض هذا الأسلوب اعتباره غشاً فقد حكمت المحكمة على الشركة بتعويضات بلغت 71 ألف دولار مع الحكم لها بكامل مستحقاتها والبالغة 11 ألف وستمئة دولار وقد أيدت محكمة استئناف نيويورك هذا الحكم ولم تأبه لما أبدته شركة psc من دفاع عن نفسها بقولها إن ما فعلته لم يكن بنية خبيثة أو بسبب غش وإنما كان في سبيل المطالبة بالحقوق التي لها عند شركة Clayton وقالت محكمة الاستئناف إن الدلائل المتوفرة لديها كافية للحكم على psc بتعويض عقابي⁽¹⁾. حيث ليس لديها حق قانوني أو حتى شبه قانوني لإيقاف عمل برنامج Clayton مقارنة إياه بالعمل الأخلاقي المذموم الذي ارتكب بنية خبيثة. ثانياً: وهو ما يتبناه الفقهاء بخصوص شرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية بوجوب أن يكون متعلقاً بالضرر اللاحق بالمال وليس بالأشخاص⁽²⁾. فإن لحق الضرر سواء المادي أو المعنوي بشخص ما يكون شرط التخفيض أو الإعفاء من المسؤولية باطلاً وذلك

¹ (1). هذا النوع من التعويض مقرر في القانون الأمريكي زيادة على التعويض العادي كنوع من العقاب على الأشخاص الذين تنطوي أفعالهم التي سببت ضرراً على غش بالإضافة إلى التعويض الذي تقرره المحكمة لجبر الأضرار الفعلية التي لحقت بالمضرور
Law dictionary- Stern .H .Gifis .third edition ,Barron's educational series. Inc. 1996. P.117.

² (2). د/ أنور سلطان - المرجع السابق- ص406، ود/ أحمد شرف الدين- المرجع السابق ص262.

لأن شخص الإنسان من غير الجائز أن يكون محلاً
لإمكانية إصابته بضرر أو محلاً لاتفاقيات مالية.
ولكن وإذا كان ظاهر الأمر أن تطبيق شروط
القواعد العامة في المسؤولية العقدية بإمكانية
تخفيفها أو التشدد فيها أو حتى الإعفاء منها يبين لنا
أنها مباحة في سائر العقود، إلا أن تطبيق ذلك على
عقود إعداد برامج الحاسب الآلي ومهما كانت طبيعة
هذا العقد (مهما اتجهت إرادة الأطراف إلى تكييفه أو
مهما تم تكييفه قضائياً) مقابلة أو بيع أم إيجار، له
ضوابط معينة وتحكمه كذلك بعض النصوص الخاصة
والتي ليس أبسطها قوانين حماية المستهلك كذلك
سنحاول فيما يلي بحث إمكانية اشتراط أحد أطرافه
وبالذات المبرمج إعفاء نفسه من المسؤولية أو
تخفيفها عليه ومدى قانونية هذا الشرط في ضوء ما
يحكم هذا العقد من ظروف خاصة به علماً بأن
المستخدم فيما ندر يشترط إعفاء نفسه من
المسؤولية في هذه العقود نظراً لعدة اعتبارات.
أولاً: حكم شرط الإعفاء من المسؤولية إذا اشترطه
المبرمج حسب الأصل فإن شرط الإعفاء من
المسؤولية العقدية يقع صحيحاً إذا تضمنه عقد صحيح
ويترتب عليه إعفاء المدين من المسؤولية بالقدر
الذي يتضمنه الشرط⁽¹⁾ ولكن عند تطبيقه على عقود
إعداد برامج الحاسوب وإن اشترط المبرمج في
مواجهة المستخدم نرى أنه يقع باطلاً ويظل العقد
صحيحاً وذلك للأسباب التالية:

1. اعتبرت المادة 4 من قانون التجارة المصري رقم
17 لسنة 1999 وتعديلاته اللاحقة في فقرتها "ط"
أن الاستغلال التجاري لبرامج الحاسب الآلي يعتبر
عملاً تجارياً. وفي نفس هذا القانون وفي المادة
67 في الفقرة السادسة منها نص المشرع على

⁽¹⁾ د/ السنهوري- الوسيط- ج1، المجلد الأول- مرجع سابق، ص
923. ود/ أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 407.

أنه (يقع باطلاً كل شرط أو بيان يكون من شأنه إعفاء المنتج أو الموزع من المسؤولية أو تحديدها أو تخفيض مدة تقادمها). فإذا كان القانون قد اعتبر أن الاستغلال التجاري لبرامج الحاسوب هو عمل تجاري بالماهية طبعاً في حق المستغل- المبرمج- المنتج- المورد) فإن نفس المشرع وفي الباب الثاني من نفس القانون وتحت بند الالتزامات والعقود التجارية قد أبطل صراحة شرط المبرمج بإعفاء نفسه من المسؤولية أو تخفيف وطأتها عليه والنتيجة عن التزاماته العقدية فيما يخص استغلاله لبرامج قام بتصميمها أو أشرف على تصميمها أو اشترى حقوق استغلالها.

2. اتفقنا سابقاً أن المبرمج هو مهني محترف في مواجهة المستخدم كمستهلك وإذا كان الوضع كذلك فإن قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 والسابق الإشارة إليه قد نص في مادته العاشرة على أنه (يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة في هذا القانون) وطبعاً لا يوجد في هذا القانون وفي مثيلاته من قوانين حماية المستهلكين في العالم إلا كل ما هو في صالح المستهلك وبالتالي هذا نص آخر يمكن إعماله لإبطال شرط المبرمج أو المنتج للبرنامج بإعفاء نفسه من المسؤولية أو تخفيفها إذا كان أمام مستهلك.

3. تتشابه هذه العقود في الكثير من الأحيان من حيث طبيعتها وانعقادها مع عقود الإذعان وقد نصت المادة 149 من القانون المدني المصري على أنه (إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه

الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك⁽¹⁾ وعليه فإن شرط المبرمج بإعفاء نفسه من المسؤولية عن صلاحية أو جودة كيان منطقي لا يفقه المستخدم به شيئاً ولا يعرف مكنوناته وتقنيته وأسس عمله إلا معرفة سطحية جداً يمكن لابل ومؤكد أن يعتبر هذا الشرط تعسفاً في مواجهة هذا المستخدم أو المستفيد من قبل هذا الخبير، فإن استوفى العقد شروط الإذعان أو تقارب كثيراً معها ووجد به شرط إعفاء للمبرمج من المسؤولية فإن ذلك يعتبر شرطاً تعسفياً يجوز لمستخدم عدم إعماله والطلب إلى القضاء بإلغائه ويقع باطلاً كل ما يخالف ذلك.

4. يجمع الفقهاء أن شرط الإعفاء من المسؤولية و التخفيف منه لا يجوز أن ينصب على الالتزام الجوهري الناشئ عن العقد⁽²⁾. فلا يجوز مثلاً أن يشترط المبرمج على المستخدم عدم مسؤوليته أو تخفيف مسؤوليته عن قيام البرنامج بالوظائف التي صمم من أجلها أو عن عدم مسؤوليته عن استخراج بيانات تمت معالجتها بواسطة برنامجها فهو ما يخالف المقتضي الرئيسي للعقد والهدف والسبب والدافع إلى التعاقد ولكن يجوز له وكما هو معمول به في عقود الإعداد أن يشترط عدم مسؤوليته عن الأخطاء العادية أو عن إخفاق

¹ (1). تطابق المادة 204 من القانون المدني الأردني والمادة 182 من المشروع القانوني المدني الفلسطيني

² (2). أستاذنا د. أحمد اشرف الدين - نظرية الالتزام - مرجع سابق ص 363 ود. حمدي عبد الرحمن - الوسيط في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الاول - القاهرة 1999 ص 583 ود. السنهوري - الوسيط المرجع المشار اليه اعلاه ص 923 ود. الصدة- مصادر الالتزام - مرجع سابق ص 355 .

البرنامج لغاية نسبة 10% في أداء وظائفه وهي شروط تم التعارف عليها في عقود الإعداد⁽¹⁾.

5. تنص المادة 653 من القانون المدني المصري (يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه) وبقياس هذا النص على عقود إعداد البرامج يتضح لنا أن هذا الشرط غير قانوني إذ انصب على عقود الإعداد لإعفاء المبرمج من مسؤوليته أو الحد منها⁽²⁾. هذا بالإضافة إلى إجماع الفقهاء⁽³⁾.

الفقه كما أسلفنا أن شرط الإعفاء من المسؤولية لا ينصب إلا على تعويض الضرر الذي يقع على المال ولا يجوز اشتراطه على الضرر الذي يلحق المستخدم أو أحد تابعيه نتيجة قيام خلل في برنامج كمبيوتر معين يؤدي إلى حدوث عاهة مثلاً لدى أحد عاملين المستخدم أو المستفيد كأن يكون برنامج الحاسب معداً أساساً لتشغيل آلة صناعية معينة ورغم أن مبرمجي البرامج ومورديها⁽⁴⁾ يشترطون مثل هذه الشروط في عقودهم إلا أننا نرى أن حكم هذا الشرط باطل إذا ما لحق الأذى بجسم الإنسان وكان نتيجة مباشرة لإخلال المبرمج بأحد التزاماته حتى لو كان عقد الإعداد يحتوي شرط يقوم المبرمج به بإعفاء نفسه من مثل هذه المسؤولية.

إذن ولكل تلك الأسباب مجتمعة نلاحظ أن شرط الإعفاء من المسؤولية يكاد يكون باطلاً في أغلب عقود إعداد برامج الحاسب الآلي (عقود المعلوماتية)

¹ (1).المستشار فاروق الحفناوي، عقود البرمجيات، مرجع سابق، ص 80، د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص 153.

² (2).تقابل المادة 790 مدني أردني، والمادة 810 مشروع فلسطيني.

³ (3) د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 362. د. السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 993. د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 583.

⁴ (1). د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق، 232- 242. وكذلك نفس المرجع، ص 333-345.

وطبعاً يمكن لأحد ما أن يتساءل ما حكم كل هذه الشروط التي نراها في عقود الإعداد والتي تحدد أو تخفف أو تعفي حتى من المسؤولية؟ وتكون الإجابة على ذلك أن هذه عقود في أغلبها لم يثر حولها نزاعات قانونية وصلت إلى القضاء ومن وصل منها إلى القضاء لاحظنا في السياق السابق من هذه الرسالة كيف أن المحاكم تبطل أغلب هذه الشروط، أما بخصوص قيام المبرمج بتحديد المسؤولية فلا خلاف على قانونية شرط الاتفاق على حد أقصى للتعويض بإجماع الفقه وبنصوص القانون فهذا جائز لكن وكما أسلفنا يخرج من نطاقه الغش والخطأ الجسيم إذا ثبت ضلوع المبرمج بهما وكذلك يخرج من نطاقه في رأينا التعويض عن الأضرار الجسدية لأن جسم الإنسان لا يقوم بمال. ثانياً: شرط الإعفاء من المسؤولية إذا اشترطه المستخدم (المستفيد)

1. ان المستخدم ملتزم باحترام حقوق المؤلف وفقاً لما تقضي به القواعد العامة المنصوص عليها في قوانين حق المؤلف وعلى الأخص تلك المتعلقة بملكية البرنامج وشروط استعماله وهذه مسألة مفترضة ذلك أن المستخدم ملتزم باحترام حقوق الملكية الفكرية وملكية البرنامج لمصممه أو منتجه ولو اشترط إعفائه من هذه المسؤولية وذلك استناداً إلى نصوص القانون⁽¹⁾.
2. وبالتالي فإن الحق في نسبة البرنامج إلى مؤلفه أو مصممه "حق الأبوة" وحق المؤلف بعدم التقليد لمؤلفه وحقه في عدم إفشاء أسرار البرنامج... الخ من الحقوق المعنوية التي تثبت للمؤلف على برنامجيه بموجب حقوق الملكية الفكرية هي حقوق لا يجوز للمستخدم أن يعفي نفسه من المسؤولية

¹ (1) راجع المواد 143، 144، 181 من قانون الملكية الفكرية المصري رقم 82 لسنة 2002.

عن انتهاكها وذلك لأن الحق الأدبي للمؤلف كما أسلفنا غير قابل للتصرف فيه أو الحجز عليه أو التنازل عنه وبأنها حقوق أدبية لا تنقضي بمرور الزمن وأنها من الحقوق التي ينفرد المؤلف بمباشرتها بحرية تامة على عكس الحقوق المالية للمؤلف فلا يقال بقانونية شرط إعفاء المستخدم من المسؤولية عن إفشاء أسرار البرنامج أو نسبة البرنامج إليه⁽¹⁾.... الخ حتى لو وضع شرط في العقد يعفيه من ذلك ولكن يجوز له في بعض الحالات اشتراط تخفيف هذه المسؤولية كما في حالة ضبط السرية بشكل تام أو المسؤولية عن تحويل أو تعديل البرنامج فهذه شروط يمكن أن يقبلها المنطق والقانون على عكس مثلاً الشروط الخاصة بنسبة البرنامج الى المستخدم فهذا التزوير واحتيال على حقوق الملكية الفكرية يجب التعويض حتى بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية، أما باقي الشروط التي لا تتعلق بحقوق الملكية الفكرية فلا نرى ما يمنع من قيام المستخدم بإدراجها لإعفاء نفسه من المسؤولية عن أضرار معينة ناتجة عن الإخلال بالالتزامات عقدية شرط أن تتوفر فيها الشروط القانونية التي تنص عليها القواعد العامة في القانون المدني بان لا تكون عن التزام جوهري ومناطق في التعاقد كعدم إتباع تعليمات المبرمج بالاستخدام للبرنامج مثلاً وإعفاء نفسه في نفس الوقت من المسؤولية عن الخلل الحاصل وذلك لدقة وتقنية هذا المحل

¹ (1) راجع هذا الشأن د. شحادة شلقامي ، برامج الحاسب والقانون، مرجع سابق، ص 95 وما بعدها. والمستشار. فاروق الحفناوي، قانون البرمجيات، مرجع سابق، ص 135-136. و. خالد مصطفى فهمي، الحماية القانونية لبرامج الحاسب، مرجع سابق، ص 139-152. د. نوري محمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص 225.

ولأن هذا الشرط لا يتناسب مطلقاً مع طبيعة العقد..الخ.

أما الشروط الأخرى والثانوية في التعاقد فلا نرى ما يمنع من اشتراطه بعدم المسؤولية عن الأضرار التي يمكن أن تحصل.

وبعد أن تعرفنا على حكم شروط الإعفاء من المسؤولية التي يمكن أن ترد من قبل أطراف عقد الإعداد سننتقل الآن لنبحث في التعويض عن الضرر الذي يحدث جراء إخلال أحد الأطراف بالتزاماته العقدية في مطلب أخير من هذا المبحث.

المطلب الثالث

التعويض عن الضرر

الضرر إما أن يكون مباشراً أو غير مباشر والضرر المباشر إما أن يكون متوقعاً أو غير متوقعاً أو غير متوقع ولكن القاعدة العامة في المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية هي عدم جواز التعويض عن الضرر غير المباشر بل يكون التعويض عن الضرر المباشر ولكن تختلف المسؤولية التقصيرية عن العقدية في أن الأولى يكون فيها التعويض عن الضرر المباشر سواء كان متوقعاً أم غير متوقع أما في الثانية فالأصل أن التعويض يكون عن الضرر المباشر المتوقع فقط ولا يمتد إلى الضرر غير المتوقع إلا إذا كان الإخلال بالالتزام أو عدم التنفيذ راجعاً إلى غش المدين أو خطئه الجسيم⁽¹⁾. وعلى ذلك فالمسؤولية العقدية تهدف إلى جبر الضرر الذي يلحق بالدائن جراء الإخلال بالتزام

⁽¹⁾ (1). الماد 221 من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد 246، 256، 257، 267 من القانون المدني الأردني والمواد 272، 275 من مشروع القانون المدني الفلسطيني. ولمزيد من التفصيل راجع د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 273-278. د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 340-341.

عقدي وهي تقوم كما هو معروف على وجوب تعويض الدائن "المضرور" عما لحقه من ضرر، ولا نريد إطالة البحث وفي شروط هذه المسؤولية وتفاصيلها لأن المراجع العامة قد أغنتها بحثاً ولكننا سنقوم بتطبيق أحكام هذا التعويض عن الضرر الناتج عن إخلال أحد الأطراف بالتزاماته العقدية والذي يرتب المسؤولية العقدية على عقود إعداد برامج الحاسب منطلقين من القاعدة العامة في المسؤولية العقدية من أن الخطأ وحده لا يكفي لقيام هذه المسؤولية بل يجب أن يؤدي الخطأ على وقوع ضرر لأحد الأطراف مما يوجب التعويض⁽¹⁾.

والضرر الذي ينتج عن إخلال أحد أطراف عقد الإعداد بمصلحة محققة ومشروعة للطرف الآخر قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً كأن يصيب الشخص ضرر في سمعته كما يقول أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين عبر إحداث الناشر تغيرات في الكتاب الذي وضعه المؤلف (فقد لا يصيب المؤلف ضرراً مادياً ولكن المحقق إصابته بضرر أدبي وكذلك ان تعاقد فنان مع شخص على عمل فني ثم فسخ المتعاقد مع الفنان العقد فسخاً تعسفياً في هذا الفسخ التعسفي ضرر أدبي يصيب الفنان في سمعته)⁽²⁾.

بتطبيق ذلك على برامج الحاسب يمكن أن نستشف أنه يمكن أن يلحق بالمبرمج ضرر أدبي جراء التغيير في برنامجه أو فسخ العقد معه فسخاً

¹ (1). أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام ن مرجع سابق، ص340. ود. السنهوري، الوسيط، ج1، مرجع سابق، ص913 ود. أنور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص277. ود. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية 2002، ص280-290.

² (2). د. احمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص344.

تعسفياً وهو ما يوجب التعويض عنه أيضاً في المسؤولية العقدية مثله مثل الضرر المادي⁽¹⁾. وقد يلحق ضرراً مادياً وأدياً معاً جراء استغلال برنامجه على وجه غير مشروع عبر سرقة أو تحريفه بالانتقاص من إمكانياته.. ففي مثل هذه الحالة يكون كل ضرر من هذين الضررين له حسابه الخاص بخصوص التعويض المستحق عنه وللمحكمة دمج الضررين معاً وتقدير التعويض عليهم من دون فصل أو تخصيص لمقدار كل ضرر منهما⁽²⁾. وقد يصاب المستخدم بضرر جراء تدمير الثروة المعلوماتية في جهاز الحاسب الخاص به أو بأعماله وقواعد بياناته مما يمكن أن ينتج عنه نتائج وخيمة سواء مادية أو معنوية جراء خلل في برنامج معين مهم جداً في تصريف أعماله فيعطلها ويطعن بمصداقيته أمام زبائنه مثلاً ما يلحق به ضرراً مادياً ومعنوياً.. الخ.

ولا تثار صعوبة حسب القواعد العامة في استجلاء الضرر وتطبيق أحكام هذه القواعد عليه حيث يقع عبء إثبات الضرر على المتعاقد الذي يدعيه ومن المعروف وكذلك في عقود الإعداد أن المسؤولية لا تقوم بمجرد إثبات أحد الأطراف إخلال الطرف الثاني بالتزام من التزاماته العقدية ولكن يجب أن يثبت أيضاً أن ضرراً مباشراً ومتوقعاً قد لحق به نتيجة هذا الإخلال. ولكن الصعوبة تثار في هذا المجال في اختلاف طبيعة محل العقد عن العقود الأخرى والتي يتلخص في ارتباطه بعالم التكنولوجيا والالكترونيات

¹ (1). المادة 222/1 من القانون المدني المصري (يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً..). تقابل المواد 267 المدني الأردني والمادة 221 من المشروع مدني فلسطيني.

² (2). قضت محكمة النقض المصرية بجواز إدماج الضررين المادي والأدبي معاً وتقدير التعويض عنهما بغير تخصيص، طعن 4854/61 ق جلسة لسنة 14/12/1997 المستحدث في المواد المدنية عن العام القضائي 1997/1998، ص 90.

وما يتسم به من دقة و حداثة يمكن أن تكون في بعض الأحيان عائقا أمام المستخدم لإثبات الخطأ الذي أدى إلى حدوث الضرر لذلك قلنا سابقاً ان المستخدمين في عقود الأعداد يفضلون فترات الضمان في العقد على إثبات العيوب الخفية مثلاً⁽¹⁾. ويترتب على قيام المسؤولية العقدية التزام المسئول عنها بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحق به وذلك لأن التعويض هو جبر للضرر كما أسلفنا وتقدير التعويض قد يكون مباشرة عن طريق المشرع مثل التعويض القانوني⁽²⁾ وقد يقدر بالاتفاق كالتعويض، وقد يتولى القاضي تقديره عند توافر شروط المسؤولية وذلك لجبر الضرر⁽³⁾. والتعويض في عقود الإعداد كما هو الحال فيه بشكل عام قد يكون نقدياً وقد يكون عينياً، فإن كان عينياً فإنه يتمثل في إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الإخلال بالالتزام وذلك بإزالة الضرر أو الخلل الناشئ عنه⁽⁴⁾. ويتعين على القاضي أن يحكم بالتعويض العيني إذا كان هذا ممكناً وبناءً على طلب المضرور لأن التنفيذ العيني هو الأصل في المسؤولية العقدية بصدد عقود إعداد البرامج⁽⁵⁾ حيث يلتزم المبرمج بتنفيذ التزامه

¹ (1)د. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية ، مرجع سابق، ص 333.

² (2). راجع المواد 226، 227 من القانون المدني الأردني والمادة 167 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني التي حددت نسبة الفوائد التأخيرية 9 % و كما أسلفنا أن القانون المدني الأردني لم ينص على الفوائد وذلك لأن مصدره التاريخي هو الفقه الإسلامي فنص المشرع الأردني عليها في قوانين أخرى.

³ (3). راجع المادة 221 مدني مصري والمادة 363 من القانون المدني الأردني والمادة 275 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

⁴ (1)د. انور سلطان، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 278 ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 342.

⁵ (2)د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص 227 ود. محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 342.

كإصلاح البرنامج الذي شابه خلل أو حتى تبديله أو تقديم طريقة معينة للتحصن من إمكانية أن يعود إلى الظهور.

وقد يكون التعويض نقدي أو تعويضاً بمقابل وهو عادة ما يقتضيه أي من الطرفين بدلاً عن ضرر أدبي لحق به نتاج إخلال الطرف المقابل بالتزامه حيث يستحيل التنفيذ العيني وذلك عند إفشاء أسرار البرنامج مثلاً أو اختراق الجهاز وتدمير للمعلومات التي به أو الرجوع عن تعاقد أدى إلى الإساءة إلى السمعة.. الخ

وطالما أن هدف التعويض هو جبر الضرر فيجب إعادة التوازن إلى مصالح الأطراف الذي اختل نتيجة هذا الضرر وعلى نفقة المسؤول عن هذا الإخلال⁽¹⁾. والذي يجب أن لا يتجاوز أو يقل عن قيمة هذا الضرر⁽²⁾. بحيث يشمل كل ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب بالإضافة إلى تعويض الضرر الأدبي أن تحقق وطبعاً الحديث هنا عن الضرر المباشر المتوقع وبذلك نجد أن التعويض عن المسؤولية التقصيرية التي يتم التعويض فيها عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع. وعلى ذلك فإن المستخدم يمكن أن يطالب بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بمصنعه نتيجة عدم عمل البرنامج بالشكل المتفق عليه أو عدم عمله مطلقاً وذلك لأن الأصل والمتوقع عند الإعداد والاتفاق عليه أن يعطي النتائج المرجوة منه، أو مثلاً في صورة أخرى إذا تأخر المبرمج ملتزم الضمان في إصلاح البرنامج الذي تعثر وأدى ذلك إلى تأخر المصنع في تلبية طلبات عملائه مما سبب أضراراً بسمعته التجارية وقيامه بدفع غرامات بدل تأخير فإن المبرمج

¹ (3) د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 226. ود. محمد حسين منصور، المرجع السابق، 343.

² (5) راجع المادة 663/2 مدني مصري.

سيسأل كذلك عن هذا التعويض. فإن اخذ المستخدم موافقة المحكمة على قيام شخص ثالث بإصلاح هذا البرنامج الذي تعثر فإن ذلك يكون على نفقة المبرمج ملتزم الضمان ويسأل كذلك هذا المبرمج عن التعويض وفي مقابل ذلك يسأل المستخدم أو المستفيد عن تأخره في دفع المقابل في الأجر أو الثمن) والضرر هنا مفترض كما نعلم لأن التأخير في دفع الالتزام النقدي يوقع ضرراً مفترضاً بنص القانون يوجب تعويضاً على شكل فوائد تأخيرية⁽¹⁾ يتم تحديد قيمتها إما باتفاق الطرفين أو بنص القانون وبديهي القول أن اتفاق الطرفين لا يجب أن يتجاوز ما نص عليه القانون إلا ويتم العودة إلى المقدار القانوني لهذه الفوائد حتى لو تم الاتفاق على فوائد أعلى منها⁽²⁾.

ولا يوجد في القانون نص معين يلزم بإتباع معايير معينة لتقدير التعويض لذلك فإن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقديره شرط أن يكون هذا التقدير قائماً على أسس مسببة ومتمينة ومبررة ومثبتة⁽³⁾. حيث أن تقدير التعويض يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع⁽⁴⁾. حيث

¹ (1). راجع المواد 226 و228 من القانون المدني المصري والمادة 167 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني. ود. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 342-343.

² (2). راجع المادة 227/1 من القانون المدني المصري. وأستاذنا د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، هامش ص 342.

³ (3) راجع المادة 663/2 من القانون المدني المصري والمادة 785 من القانون المدني الأردني والمادة 824/2 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

⁴ (4). محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، مرجع سابق وقضت محكمة النقض المصرية أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية وعلاقة السببية بينه وبين الضرر هو مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمدّاً من عناصر تؤدي إليه وقائع الدعوى.. نقض مدني 12/12/1989 طعن 388/57 ق. قضاء النقض في المواد المدنية المستشار عبد المنعم دسوقي، الجزء الثاني، المجلد الأول، دار الكتاب

يمكن للمحكمة كما أسلفنا الحكم بتعويض إجمالي أو الحكم عن كل عنصر من عناصر الضرر على حدة، ولكن تعين عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض هي من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض. لذا يتعين على محكمة الموضوع أن تبين في حكمها عناصر الضرر الذي قصت من أجله بالتعويض وأن تناقش كل عنصر منها على حدة وأن تبين وجه أحقية طالب التعويض عنه وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور⁽¹⁾.

وفي بعض الأحيان وفي عقود الإعداد تثار قضية متى يتم حساب التعويض أو تقديره وذلك لكون الضرر الواقع قد يكون متغيراً ولا يتيسر تعيينه تعيناً نهائياً وقت النطق بالحكم، لذلك فمن المقرر أنه إذا لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يتأكد من مدى التعويض يعينه تعيناً نهائياً فله الحق أن يحتفظ للمضرور من الإخلال بالتزامات عقدية أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر بالتقدير⁽²⁾. وأخيراً نقول أن القوة القاهرة والحادث الفجائي يؤديان إلى قطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر طبعاً بشرط كونهما غير متوقعان ويستحيل دفعهما مما يجعل معه تنفيذ الالتزام مستحيلاً ولا يكون بالتالي هناك مجال لقيام التعويض عنهما⁽³⁾. ما لم

الحديث، ط 1994، قاعدة رقم 833، ص 259.

¹ (1) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 344. د. أحمد شرف الدين، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 352-353.

² (2). تنص المادة 170 من القانون المدني المصري على أنه (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق بالمضرور، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين لدى التعويض تعيناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير) يقابل المادة 268 من القانون المدني الأردني والمادة 222 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

³ (1). المادة 165 و 215 و 665 من القانون المدني المصري وفي المقابل المواد 205، 261، 802 من القانون المدني الأردني والمواد 214، 272، 807/2 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

يشترطاً قيام مسؤولية طرف عن سبب أجنبي أو قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، مثل الخلل الذي يحدث في البرامج أو تدميرها نتيجة صاعقة كهربائية أو زلزال أو حروب وقصف للمنشأة مثلاً فهذه ظروف ليست في وسع المبرمج توقعها أو حتى القدرة على مقاومتها مما يترتب عليها احتمالها التنفيذ العيني وكذلك استحالة الحكم بالتعويض لعدم منطقيته ولنصوص القانون التي تبرأ ذمة أحدهما من المسؤولية عن مثل هذه الأحداث.

وعلى ذلك نلاحظ أن التعويض في عقود الإعداد لا يختلف كثيراً عن غيره في العقود الأخرى من حيث توافر أركانه وشروطه إلا من ناحية واحدة وهي صعوبة إثبات الخطأ الذي أدى إلى ضرر وربطهما بعلاقة سببية توجب في النهاية التعويض لذلك تلجأ المحاكم دائماً للاستعانة بالخبراء والمحكمين في هذا المجال ويلجأ المستخدم أيضاً إلى مثل هذه الأساليب وذلك لضعف إمكانياته التقنية والفنية أمام المبرمج ونلاحظه دائماً يشترط الضمان في عقود الإعداد لصعوبة إثبات الخطأ.

الفصل الثالث

انتهاء عقود الإعداد

الأصل أن ينتهي عقد الإعداد بالطريقة الطبيعية لانتهاء العقود وهي الوفاء الاختياري ، ولكن ولأن هذه العقود لها علاقة بالتقنية ، وبمواصفات كثيرة ودقيقة ، فهي قد تنتهي في بعض الأحيان بطرق أخرى

كالتنفيذ الجبري , أو بالتنازل عنها أو بالفسخ أو بالانحلال .

وسنقتصر في هذا الفصل على بحث وإبراز أوجه المشاكل والتساؤلات التي يثيرها إنهاء عقد الإعداد , في محاولة للإجابة عليها أو حلها انطلاقاً من موقف القانون , أي سنبحث في خصوصية التنفيذ في عقد الإعداد وما يحيط به من مشاكل دون التعرض إلى التنفيذ بشكل عام وفقاً للقواعد العامة والتي أثرته كتب الفقه العامة بحثاً ودراسة .

وانطلاقاً من ذلك نلاحظ أن عقود الإعداد قد تنتهي بالطريق الطبيعي لها عبر انتهاء مدتها , أو بتمام العمل الذي تم الاتفاق عليه , أو بتسليم المعدات المتفق عليها بعد دفع ثمنها , وقد يحصل تنفيذ العقد بطريقة جبرية , في الوقت الذي يمتنع فيه المنتج أو المبرمج مثلاً عن التنفيذ , أو في الوقت الذي يمتنع فيه المستخدم أو المستفيد عن دفع الثمن أو الأجر (كيفما اتفق) . شرط أن يكون التنفيذ العيني لا زال ممكناً وذلك طبقاً للقواعد العامة .

وقد تنتهي هذه العقود , شأنها شأن غيرها من العقود الأخرى , بالوسائل غير العادية لانتهاء العقد وذلك بالفسخ أو بالانحلال¹ .

ونحن في هذا الفصل سنحاول بحث هذه الطرق ولكن بعد تطبيق أحكامها وشروطها على عقود

¹ (1) - رغم الأهمية الكبيرة التي تحتلها صناعة البرمجيات في العالم اليوم , إلا أن هناك ظاهرة عجيبة مصاحبة لهذه الأهمية تتمثل في ارتفاع نسبة الفشل في تنفيذ مشاريع البرمجيات ونظم المعلومات , ففي دراسة معمقة أجريت في الولايات المتحدة عام 1995 ولغاية عام 2000 . تبين أن 52% من هذه المشروعات قد فشلت تماماً وألغيت عقودها , وأن 60% من المشروعات التي نجحت قد تجاوزت تكلفتها الميزانية المقررة لها , وتعدت الجدول الزمني المخطط لإنجازها فيه .

Raysman and Brown .Vol 1 .P.R. p 2-18

الإعداد , بحيث سنقسم هذا الفصل إلى المبحثين
التاليين .

المبحث الأول / الأسباب العادية لانتهااء
المبحث الثاني / الأسباب غير العادية لانتهااء

المبحث الأول الأسباب العادية لانتهااء

تنص المادة 148 من القانون المدني المصري في
فقرتها الأولى على انه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما
أشتمل عليه وبطريق تتفق مع ما يوجبه حسن النية
(¹) . (

ويستشف من ذلك ان القاعدة العامة هي وجوب
النزول على حكم قانون العقد , في تنفيذه طبقا لما
أشتمل عليه , وصولا إلى انتهائه بتحقيق غايات
أطرافه , عبر تنفيذ التزاماتهم المتبادلة بما يوجبه
مبدأ حسن النية . (²)

¹ (1) - تطابق المواد 202/1 مدني أردني . و181/1 مشروع مدني
فلسطيني .

² (2) - د, أنور سلطان , مصادر الالتزام . مرجع سابق . ص 240 .
وأستاذنا الدكتور احمد شرف الدين - نظرية الالتزام - مرجع سابق ,

وعلية فالأصل في عقد الإعداد كما هو الحال في كل عقد تمامه بتنفيذه , وفي حالات أخرى وكما تقرر المواد 199 و 203 من القانون المدني المصري يتم إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا , متى كان ذلك ممكنا , ⁽¹⁾ وذلك عندما يرفض التنفيذ لغير سبب وجيه أو مقنع أو يتعسف في رفضه لهذا التنفيذ . إذن يكمن السبب العادي والاهم لانتهااء عقود الإعداد في التنفيذ , لذلك سنناقش في هذا المبحث كيفية تنفيذ عقد الإعداد في مطلب أول , ووسائل إجبار المدين في هذا العقد على تنفيذ التزاماته في مطلب ثان .

المطلب الأول التنفيذ

في عقود الإعداد وكما بينا سابقا يختلف التنفيذ للعقد من قبل أطرافه وذلك حسب الطبيعة القانونية (أو التكيف) القانوني لهذا العقد , فلو كان مثلا عقد تسليم مفتاح .⁽²⁾

فالأصل ان ينتهي هذا العقد بتركيب الجهاز وتحميل البرامج عليه وتجربتها وتشغيلها , وصدور قبول الطرف الآخر لها , وشهادته بمطابقتها للمواصفات .⁽³⁾

أو كان عقد يتضمن تسليم معدات معلوماتية فقط , فيتم التنفيذ بتسليمها ودفع ثمنها , أما إذا كان عقد

ص 407.

¹ (3) - تقابل المواد 313/1 و 316/2 من القانون المدني الأردني و تطابق المواد 256 و 260/1 من مشروع القانون المدني الفلسطيني .
² (1) - بينا سابقا في الفصل التمهيدي أن عقد تسليم المفتاح يقصد به ذلك الاتفاق الذي يتولى بموجبه أحد الطرفين إقامة نظام الحاسب الآلي والبرامج والمعدات المرفقة وتسليمها إلى الطرف الآخر جاهزة للتشغيل . لمزيد من التفاصيل راجع , د. يوسف الاكياي , مرجع سابق ص 65.و.د , السيد محمد السيد عمران - الطبيعة القانونية لعقود المعلومات - مرجع سابق ص 99 وما بعدها .

³ (2) - د. محمد السيد عمران , مرجع سابق . ص 100.

الإعداد يحتاج إلى وقت لإعداده , أو كان البرنامج قد تم التعامل عليه على سبيل الإيجار فلا بد في كلا الحالتين من مرور الوقت للقول بانتهاء العقد , سواء بتنفيذه أو بفسخه . وعلى كل الأحوال فإذا كان عقد الإعداد مدة محددة ومتفق عليها من قبل الأطراف , كما لو تم استئجار نظام معلوماتي (برنامج وجهاز) فان هذا العقد ينتهي بتمام تنفيذه بانتهاء المدة المتفق عليها , إلا إذا أراد الطرفان تمديدتها صراحة أو ضمنا .

ولا يفوتنا القول انه يجب تحديد مدة معينة لإنجاز العقد , إذا كان اتفاق الطرفين على عقد مقالة بحيث إذا تأخر المفاوض عن إنجاز العمل في هذه المدة المحددة ولم يكن له في ذلك عذرا مقبولا تقام عليه المسؤولية .⁽¹⁾

هذا ويستطيع طرفا العقد أن ينهيانه قبل نهاية المدة بإرادتهما , ولكن لا يستطيع المتعاقد بإرادته المنفردة أن ينهي العقد قبل تمام مدته , إلا إذا احتوى العقد نفسه شرطا يمنحه هذا الحق .

فلو أن مستأجر لنظام معلوماتي أنهى العقد قبل انتهاء مدته , بغير اتفاق أو حق قد منحه إياه العقد نفسه عبر اشتراطه , فعليه ان يدفع المتبقي من الأجرة , حتى لو أعاد المعدات والبرامج الخاصة بنظام المعلوماتية إلى المؤجر , وحتى لو قام بإخطار المؤجر عبر رسالة مسجلة برغبته هذه بإنهاء العقد , فلا يعتبر العقد منتهيا بل تقام عليه المسؤولية على أساس الإخلال بالتزام عقدي .⁽²⁾

¹ (1)- د, محمد حسين منصور - المسؤولية الالكترونية - مرجع سابق, ص 132. و,د,نوري خاطر -مرجع سابق ص196 .

² (2)- د, السيد محمد السيد عمران - المرجع السابق , ص 82-88. ولمزيد من التفاصيل يمكن مراجعة

Clarence . H.Ridly .and John Matuszeski -computer software agreement -Forms and commentary (Revised Edition) USA Warren GORHAM Lamont .1998.p 12.1

أما إذا كان العقد غير محدد المدة , فالعقد يكون غير لازم بالنسبة لأطرافه⁽¹⁾ , وطبعاً غير لازم فقط بخصوص المدة الزمنية التي يجب ان يبقى المتعاقدان بها ملتزمين بالتنفيذ حيث يمكن لكليهما أو لاحدهما إنهاء العقد في أي وقت كان بشرط ان لا يتعسف في ذلك .⁽²⁾ فالعقد لا يمكن أن يقوم على التأييد بحيث تبقى ذمة المتعاقد مشغولة إلى مالا نهاية , لهذا فان المبدأ العام يقضي بان المتعاقد في عقد غير محدد المدة له أن ينهي العقد بإرادته المنفردة , وهذا يعني إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل فقط وليس بالنسبة للماضي , بحيث لا يعتبر ذلك إخلالاً بالالتزامات التي وردت في العقد , لان المتعاقد هنا مارس حقاً منحه إياه القانون , وفقط وكما أسلفنا فان المسؤولية تقوم عليه إذا تعسف في عملية الإنهاء⁽³⁾ , أو ارتكب فيها خطأ سبب ضرراً للمتعاقد الآخر , كاختياره لطرف غير مناسب عند إنهائه للعقد , أو كانت حجته في الإنهاء

¹ (1) - لم يعرف القانون المدني المصري العقد غير اللازم كمرتبة من مراتب العقد ولكنه اباح في العقود مستمرة التنفيذ اذا لم يتم تحديد مدة لانتهائها ان تنقضي بإنهائها من قبل احد المتعاقدين متى شاء مع مراعاة ميعاد الإخطار الذي يعينه القانون او الاتفاق . د. احمد شرف الدين / نظرية الالتزام . مرجع سابق ص 407 وما بعدها

² (2) - أستاذنا الدكتور أحمد شرف الدين - نظرية الالتزام - مرجع سابق ص 407-408 . و.د. أنور سلطان . مرجع سابق ص 281.

³ (3) - المادة 5 من القانون المدني المصري وهي تقابل المادة 66 من القانون المدني الأردني , وقد جاءت المادة 7 والمادة 8 من مشروع القانون المدني الفلسطيني أوضح من حيث الصياغة فقد نصت المادة 7 منه (لا يجوز التعسف في استعمال الحق) والمادة 8 (يعتبر استعمال الحق تعسفياً في الأحوال التالية أ- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ب- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة ج- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . د- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف) .

غير مسببة بسبب مقنع , فعند ذلك يتحمل
المسؤولية كاملة , ويمكن ان تلزمه المحكمة
بالتعويض أو حتى بالاستمرار بالعقد .

المطلب الثاني

وسائل إجبار المدين على التنفيذ

عندما ينفذ العقد تنفيذا اختياريا , سواء أكان فوري
النفاز أم مؤجل , أو مستمر النفاذ , يكون العقد قد
انتهى بتمام تنفيذه , وبالطريق الطبيعي لانتهائه ,
ولكن وكغيرها من العقود تثار المشاكل في عقود
الإعداد فيما لو امتنع المدين عن التنفيذ , سواء
امتناعا كليا أم امتناعا جزئيا دون إبداء عذرا مقبولا أو
مقنعا لذلك , وعندئذ يكون للمتعاقد الآخر وبموجب
حقوق كفلها له القانون , ان يمتنع عن التنفيذ , أو
حتى أن يطالب بإجبار المدين على التنفيذ العيني ,
وهذه ما تسمى وسائل إجبار المدين على تنفيذ
التزامه , وهي ما سنبحثه في هذا المطلب وكما في
السياق السابق تطبيقا على عقود الإعداد
(المعلوماتية) أي تطبيق الأحكام العامة عليها , دون
الخوض بالنظرية العامة بشكل منفصل .
ونقول هنا إن المبدأ العام في العقود أن المدين إذا
امتنع عن تنفيذ العقد رغم اعداره فاللدائن أن يمتنع

عن التنفيذ هو الآخر. (1) وله كذلك أن يلجا إلى القضاء

للمطالبة بالتنفيذ العيني الجبري فيما لو قامت شروطه. (2)

فالمسؤولية العقدية تثار ما بين المفاوض والمستخدم، ما دام أن أحدهما قد اخل بالتزامه تجاه الآخر، فقد يتفق المستخدم مع المفاوض على تقديم صفة معينة، أو وظيفة معينة في البرنامج، ففي حالة إخلال المفاوض بهذا الالتزام تثار مسؤوليته العقدية متى أصاب المستخدم ضرر. وسواء أكان هذه الضرر نتيجة لإغفال المفاوض وضع هذه الميزة في البرنامج، أم لخلل في النظام التقني نفسه (البرنامج المتفق عليه) . (3)

وحيث يرى الفقه أن لا قيمة حقيقية بشأن إلزامية العقد ما لم تتقرر مسؤولية نتيجة لإخلال أي منهم بتنفيذ التزامه، (4) وذلك لان الالتزامات التعاقدية تقوم على عنصرين ، عنصر المديونية وعنصر المسؤولية ، فإذا كان قانون العقد يحكم العنصر الموضوعي وهو

¹ (1) - تنص المادة 161 من القانون المدني المصري على انه (في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقدّم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به) وهي تقابل المواد 203 من القانون المدني الأردني و 203/1 من مشروع القانون المدني الفلسطيني . وتنص مبادئ العقود التجارية الدولية في المادة 7 / 1/3 من القسم الأول (1- إذا التزم الطرفان في وقت واحد فان لكل طرف ان يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ 2- اذا كانت التزامات الطرفين على التوالي فان الطرف الملزم بالتنفيذ بعد يجوز له أن يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الأول بالتنفيذ) راجع في ذلك د. احمد شرف الدين -المرجع السابق هامش 116 ص 451 .

² (2) - راجع المواد 203 و 219 و 220 من القانون المدني المصري والمادة 355 من القانون المدني الأردني والمادة 260 من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

³ (3) - د. عادل أبو هشيمة- عقود خدمات المعلومات - مرجع سابق ص 216 .

⁴ (1) - د . احمد عبد الكريم سلامة - علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجاً- مكتبة الجلاء - المنصورة 2005 ص 1132 .

الالتزامات التعاقدية , فمن الطبيعي أن يحكم عنصر المسؤولية وهو الإخلال بتنفيذ التزامات الأطراف الناشئة عن عقد الإعداد , انطلاقا من أن أطراف العقد لم يقدموا على إبرامه إلا تحقيقا لآثاره . وانطلاقا من ذلك يترتب أن تخضع الآثار غالبا لقانون العقد, والذي بدوره يحكم القوة الملزمة للعقد, وبالتالي نتائج الإخلال بالتنفيذ وحتى عدم التنفيذ .

وقبل الحديث بتوسع عن وسائل إجبار المدين على التنفيذ العيني للعقد , لابد في عقود الإعداد (وكما في العقود الأخرى) من اعدار المدين , وذلك حسب القواعد العامة , ويتم الرجوع إلى قانون العقد لمعرفة هل الاعذار ضروري أم لا , ويجب التفرقة بين ما إذا كان الاعذار منصوصا عليه في الشروط التعاقدية, فيعتبر بالتالي جزء من موضوع العقد , ⁽¹⁾ ويخضع لقانونه , أم تم إغفال ذكره وبالتالي نطبق بخصوصه القواعد العامة , التي تبين متى يكون الاعذار واجبا ومتى يتم التنازل عنه ... الخ وكذلك متى يتم الخضوع لقانون دولة تنفيذ عقد الإعداد إذا كان العقد دولي مثلا.

فالاعذار هو إجراء يتخذه الدائن لغرض حث المدين على تنفيذ التزامه , وتذكيره بان الدائن لازال يريد تنفيذ الالتزام و تحميله النتائج التي تترتب على عدم

¹ (2) - غالبا ما تتضمن عقود المعلوماتية (الإعداد) نصا يحتوي على كيفية المراسلات والإخطارات والتبليغ فيما بين الأطراف, لمزيد من التوسع راجع .د. فاروق الحفناوي - عقود البرمجيات - مرجع سابق ص 106 وما بعدها أو يمكن مراجعة:

Software license agreement /Microsoft
agreement .Licensing service agreement
com service providers. متوفرة على الموقع التالي
<http://www.microsoft.com>

تنفيذه للعقد،⁽²⁾ وهو شرط من شروط قيام المسؤولية العقدية .

وبتطبيق ذلك على عقود الإعداد نلاحظ أن الدائن يمكن أن يعفى من الاعذار إذا كان التزام المدين هو التزام بالامتناع عن عمل وقام به ، فلو تم الاتفاق في العقد على عدم جواز استخدام المستخدم (المستفيد) للبرنامج في غير الموضع أو النظام أو الطريقة المتفق عليها مثلاً وقام بذلك كان مسئولاً دون حاجة إلى اعداره . أو إذا كان المدين مسئولاً عن إنجاز العمل في مدة معينة ، وملتزماً بذلك وانقضت هذه المدة دون إتمام التزامه تسقط الحاجة إلى اعداره ، فلو عهد إلى شركة برمجة معينة بالقيام بإعداد مقابلة نظام معلوماتي معين لمعرض طبي مثلاً وفي وقت محدد ، وانتهى وقت المعرض دون أن تقوم بإعداد هذا النظام ، فإنه يصبح لا مجال ولا ضرورة أساساً لتنفيذ هذا العقد أصلاً ، وتقام عليها المسؤولية دون حاجة إلى اعدارها .

وكذلك وحسب القواعد العامة لا حاجة إلى الاعذار في عقود المعلوماتية، فيما لو أصبح تنفيذ هذا العقد

² (1)- عرفت محكمة التمييز الأردنية الاعذار بأنه (وضع المدين في حالة المتأخر في تنفيذ الالتزام الذي تعهد به ، لان مجرد حلول أجل الالتزام لا يكفي في جعل المدين في هذا الوضع القانوني بل لابد من اعداره فقد يحل الالتزام ومع ذلك يسكت الدائن عن طلب التنفيذ من المدين ، فيحمل ذلك على التسامح وأنه لم يصبه ضرر من تأخر المدين وأنه رضي ضمننت بمد الأجل ...) تمييز حقوق 1544/96 . مجلة نقابة المحامين س46. ع 3-4 أذار ونيسان 1998 ص 1078 . وقضت محكمة النقض المصرية بأن (الاعذار لا يتحقق بالمعنى القانوني إلا إذا تضمن تكليف المدين بالوفاء بالالتزام الذي قصر في تنفيذه ...) نقض. مدني 25/1/1979 مجموعة المكتب الفني . س30-رقم 75 ص 375 . وكذلك نقض 3/4/1984 س 35 ص 640 . ويمكن مراجعة د. شكري سرور - موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري - ط1/ القاهرة 1985. ص 360-364. و.د. أنور سلطان - أحكام الالتزام - دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني. دار النهضة العربية . القاهرة 1974. بند رقم 352. ص 367

مستحילה ,أو أعلن المدين بتنفيذه صراحة عن عدم استعداده

أو قدرته أو رغبته في التنفيذ .⁽¹⁾

أولا / الدفع بعدم التنفيذ :

تنص المادة 161 من القانون المدني المصري على انه (في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به)⁽²⁾. وقد تحدثت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري والخاصة بهذه المادة فقضت بأنه (من الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص, فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات لا يجوز تفريعا على ما تقدم أن يجبر احد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل ,وعلى هذا الأساس يتعين تنفيذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد) .⁽³⁾

وعطفا على ذلك نلاحظ انه يجوز لكل طرف من أطراف العقد الملزم للجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه أو يوقف تنفيذه ,حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل له , فهو امتناع مشروع عن تنفيذ التزام مؤقت بسبب عدم قيام الطرف المقابل بتنفيذ التزامه .⁽⁴⁾ والذي رأيت فيه محكمة النقد المصرية تطبقا خاصا من تطبيقات الحق في الحبس

¹ (1)-راجع المادة 220 من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد 362 مدني أردني و 280مشروع فلسطيني

² (2)- تقابل المواد 203 مدني أردني و 203 مشروع مدني فلسطيني.

³ (1)- مجموعة الأعمال التحضيرية.مرجع سابق ج2. ص 333.

⁴ (2)- أستاذنا الدكتور احمد شرف الدين -نظرية الالتزام -ج1,مرجع سابق ص451. و.د.أنور سلطان- مصادر الالتزام -مرجع سابق ص 300-307.

(1) وقالت المحكمة (خاصا) وذلك لان مجال عمل الحق في الحبس وتطبيقه أوسع نطاقا من مجال عمل الدفع بعدم التنفيذ . (2) وتطبيق ذلك على عقود الإعداد فيما لو توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ , (3) فان امتنع المستخدم أو المستفيد عن دفع الثمن مثلا أو عن دفع الأقساط التي تم الاتفاق عليها في مواعيدها ,

فهل سيبقى المبرمج ملتزما بمواصلة إعداد البرنامج لتسليمه في المعد المحدد , أو إذا كان المستخدم ينتظر تسلم معدات برمجة , أو معلوماتية معينة في موعد محدد , وتأخر المبرمج أو المنتج في التسليم , فهل سيلتزم بدفع الثمن أو الأقساط المستحقة في حينها ???

رأينا أن القواعد العامة تقضي بأنه لا يجبر الدائن على تنفيذ التزامه إذا امتنع المدين عن التنفيذ أو تأخر , وذلك انطلاقا من نظرية سبب الالتزام المباشر , (4) وعلى ذلك لا يجبر الدائن في عقود الإعداد بتنفيذ التزامه طالما الطرف الآخر لم يقم بذلك ولكن

¹ (3) - قضت محكمة النقض المصرية بان (خولت المادة 161 من القانون المدني المصري للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين, حقا في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به وهذا الحق وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ - إن هو إلا الحق في الحبس في العقود الملزمة للجانبين). طعن 35/30 جلسة 11/11/1965 س16, ص1018. قضاء النقض في المواد المدنية, قاعدة 863 ص 272.

² (1) - الحق في الحبس يشمل العقود الملزمة للجانبين وغيرها , والدفع بعدم التنفيذ يقتصر العمل به على العقود الملزمة للجانبين . يمكن مراجعة الأستاذ د. السنهوري - الوسيط- مصادر الالتزام ج1 المجلد الثالث ص 828 .

³ (2) - من المعلوم بدهاء انه يجب أن تتوافر شروط لكي يستطيع المتعاقد أن يدفع بعدم تنفيذ العقد وهي أن يكون العقد ملزما للجانبين وان يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء, مع وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بهذا الدفع . للمزيد من التفصيل راجع/ د احمد شرف الدين - المرجع السابق . ص 454-455.

⁴ (3) - أي سبب التزام المتعاقد هو التزام المتعاقد الآخر.

بشرط أن يكون التقابل في الالتزامات التي تحمل موضوعا واحدا في عقد واحد أو في ملاحق هذا العقد (دائما لعقود الإعداد ملاحق) .⁽¹⁾

فلو كان بين الأطراف عقدين , عقد إعداد , وعقد بيع معدات , وكان العقدين منفصلين , بحيث لو قام المشتري بدفع ثمن المعدات , فلا يجوز للبائع أن يمسكها بحجة أن المشتري نفسه لم يدفع أقساط عقد الإعداد , وكذلك لا يمكن للبائع أن يحجز هذه الأجهزة لديه ولا يسلمها للمشتري بعد دفعه لثمنها , وذلك ضمانا لدين آخر في مستحق للبائع ذمة المشتري .

هذا من ناحية أما من ناحية أخرى فيشترط في من يمتنع عن تنفيذ التزامه انطلاقا من أن المقابل له لم يقم بتنفيذ التزامه ان يكون مستعدا لتنفيذ التزامه , (حسن النية) بحيث تكون حجته في الامتناع عن التنفيذ مبنية على أسباب جوهرية ومعقولة . فإذا لم يسلم المبرمج أو المنتج النسخة الاحتياطية مثلا من البرنامج الذي تم تسليمه على أقراص , أو لم يسلم برنامج فرعي من مجمل البرامج , أو هامشي من مجمل نظام المعلوماتية المتفق على إعدادة , فإن ذلك لا يعتبر عذرا كافيا لامتناع المستخدم أو المستفيد عن دفع الثمن أو المقابل بحجة أن المبرمج قد اخل بالتزام متقابل وسابق في موعد التنفيذ عن البدل حسب ما تم الاتفاق عليه بالعقد.

وهذه الأمور تخضع لسلطة القاضي التقديرية الذي يتحقق من جدية وجوهرية امتناع المدين عن التنفيذ ,

¹ (1)- إن مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصور على ما تقابل من التزامات طرفي كل عقد على حده. يمكن مراجعة د. حسام الاهواني - مرجع سابق ص 540 . ود. احمد شرف الدين .المرجع السابق. ص 454-455.

ومدى تأثير ذلك على حق الدائن واستفادته من محل العقد الذي يحتج على أساسه بعدم التنفيذ .⁽¹⁾ وبما أن الدفع بعدم التنفيذ هو إجراء مؤقت، فإنه بالتالي لا يمكن أن يستمر الامتناع عن التنفيذ إلى ما لا نهاية خصوصا إذا لم تتحقق فائدة منه ، فللقاضي هنا أن يقرر التنفيذ العيني الجبري ، أو الفسخ ، أو حتى أن ينتهي الدفع بعد التنفيذ بتقديم المدين ضمانا يكفل به تنفيذ التزامه .⁽²⁾

ثانيا / التنفيذ الجبري

يقصد بالتنفيذ العيني الجبري تمكين الدائن من الحصول على ذات الأداء الذي التزم به المدين ،⁽³⁾ وقد نصت المادة 203 من القانون المدني المصري على أن المدين يكون مجبرا على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان هذا التنفيذ ممكنا ، وطالما ان التنفيذ العيني لا يتضمن إرهابا للمدين ، أو أن يكون هناك إرهابا بالمدين عبر التمسك بالتنفيذ العيني ولكن عدم التنفيذ عينا يلحق بالدائن ضررا جسيما ، ففي هذه الحالة فإن مصلحة الدائن في تنفيذ التزامه عينا تقدم على مصلحة المدين بعدم إرهابه⁽⁴⁾ .

¹ (1)- د. حسام الاهواني - المرجع السابق ص 544. و. د. السنهوري - الوسيط - المرجع السابق ص 834-836.

² (2)- د. السنهوري - الوسيط ، المرجع السابق ، ص 338 . د. وحيد الدين سوار - شرح القانون المدني - النظرية العامة للالتزام. ج1.

³ (3)- د. منذر الفضل- النظرية العامة للالتزامات- ج2 دمشق 1991 ف 606 ص 5 .

دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان 1998 ص 16. و. د. السنهوري - الوسيط - المجلد الثاني. ج2. المرجع سابق ص 757 .

⁴ (1) - تنص المادة 203 على (1- يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 219 و220 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ممكنا 2- على انه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما) تقابل المواد 355 من القانون المدني الأردني و260 من مشروع القانون المدني الفلسطيني. وللتوسع في ذلك يمكن مراجعة .د. السنهوري المرجع المشار إليه أعلاه ص760 وما بعدها. و. د. أنور سلطان - أحكام

والتنفيذ الجبري يعتمد على طبيعة الالتزام الذي امتنع المدين عن تنفيذه , فإذا كان الالتزام هو التزام بتسليم شيء معين , كمعدات مثلا , وكان التنفيذ العيني لا يزال ممكنا , ولا يقع به ضرر جسيم على المدين فإن القاضي في هذه الحالة يمكن له ان يحكم بالتنفيذ العيني الجبري , وكذلك لو امتنع المستخدم في عقود الإعداد عن دفع المقابل , فيمكن إجباره على ذلك عن طريق الحجز على أمواله مثلا واستحصال المبلغ أو المقابل الذي رفض أدائه , وهو ما يمكن فعله كذلك فيما لو امتنع المبرمج (المنتج) عن تسليم البرامج التي قام بإعدادها أو المعدات التي يجب ان توضع البرامج عليها لتعمل حسب الغرض المخصص لها , فيمكن في هذه الحالة ان يتم التسليم عن طريق التنفيذ العيني الجبري .

أما إذا كان التزام المدين القيام بعمل غير التسليم فيجب أن نفرق بين حالتين , إذا كانت شخصية المدين ليست محل اعتبار , فيمكن أن يتم التنفيذ على نفقة المدين (وهنا نلاحظ البرامج النمطية) فإذا كان التزام المدين مثلا هو الإفراز وامتنع عنه فيمكن ان يتم هذا العمل بواسطة أو من خلال شخص ثالث وعلى نفقة المدين .

أو في حالة أخرى إذا كان التزام المبرمج تركيب نظام معلوماتية , وقام هذا المبرمج بالتنفيذ الجزئي (وكان هذا العمل مما يتقنه ويعرفه مهندسو الاتصالات والمعلومات) فليس هناك ما يمنع من ان يقوم القاضي بتقرير اللجوء إلى شخص ثالث لإتمام هذا العمل وعلى نفقة المبرمج نفسه .⁽¹⁾

أما إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار فلا يمكن التنفيذ الجبري بواسطة طرف ثالث , أو حتى لا يمكن

الالتزام - مرجع سابق بند 42 . ص 45-46
¹ (1) المادة 209 من القانون المدني المصري وهي تقابل المواد 356/2 مدني أردني و 267 مشروع فلسطيني

إجبار المدين على القيام بهذا العمل إكراها , وخصوصا إذا كنا أمام إبداع سيقوم به المبرمج في عقد إعداد (مقاوله) لصالح شخص معين (فهذا ما يشكل قريحة الفكر وتنتاج الذهن) كالفنان مثلا فلا يمكن إجباره , وليس أمام الدائن في مثل هذه الحالة إلا الخيار مابين المطالبة بفسخ العقد والتعويض أن كان له مقتض , أو المطالبة بفرض الغرامة التهديدية.⁽¹⁾

ثالثا / الغرامة التهديدية:-

الغرامة التهديدية هي مبلغ من المال يفرضه القاضي على المدين إذا امتنع عن تنفيذ التزامه بموجب عقد وكانت شخصيته في هذا الالتزام محل اعتبار .⁽²⁾ وتفرض على شكل دفعات عن كل يوم تأخير , ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة وكبيرة في فرضها , والآلية اللازمة لتنفيذها .

وهي تعتبر وسيلة ضغط الهدف منها دفع وحث المدين الذي شخصيته في تنفيذ الالتزام محل اعتبار على القيام بالتنفيذ , وذلك عبر دفعه مبالغ إضافية إن لم يقم .⁽³⁾

وإذا تعذر تنفيذ الالتزام رغم فرض الغرامة التهديدية , فيصار إلى الفصل في القضية وتقرير الفسخ , أو تقرير الفسخ مع النظر في مبلغ الغرامة إذا كان

¹ (2) - المادة 213 من القانون المدني المصري والمادة 271/1 مشروع مدني فلسطيني .

² (1). د. شكري سرور-موجز الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري -ط1 1985 بند 26 . ص71

ولم يعرف المشرع الأردني نظام الغرامة التهديدية بشكل مباشر ولكنه أشار إلى نظاما مشابها في باب التنفيذ بطريق التعويض .انظر المادة 360 مدني أردني وانظر في ذلك,د, صلاح الدين الناهي - أحكام الالتزام -دراسة تحليلية موازنة - مجلة نقابة المحامين الاردنيين- ملحق الأبحاث-29.كانون أول 1985 ص57.

و,د .عبد القادر الفار - أحكام الالتزام -دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان 2001.ص 64.

³ (2)- د. السنهوري - الوسيط - المجلد الثاني. آثار الالتزام -ج2.ص 805-817.

يصلح لكي يكون تعويضا عادلا أم فيه إثقال على من فرضت عليه , وذلك لان الغاية منها كما أسلفنا هي الإثقال على المدين لدفعه لتنفيذ عين ما التزم به . فهذه الغرامة مصيرها إلى زوال أما بقيام المدين بالتنفيذ وبذلك تسقط ويحل بدلا منها التعويض عن التأخير بالتنفيذ أن كان له مقتض , أو لا يقوم بالتنفيذ رغم فرضها وبالتالي يتم الحكم بالفسخ ويل بدلا منها جبر الضرر كتعويض حقيقي ونهائي ⁽¹⁾ وقد تتشابه الغرامة التهديدية كثيرا في عقود الإعداد مع الشرط الجزائي , ⁽²⁾ وذلك عندما يفرض الشرط الجزائي على شكل دفعات عن كل يوم تأخير , فلو اتفق المبرمج مع المستخدم على ان يقوم المبرمج بإعداد نظام معلوماتي لصالح المستخدم وتضمن هذا الاتفاق أن يدفع المبرمج غرامة (مبلغ من المال) عن كل يوم يتأخر فيه عن موعد تسليم النظام , فان ذلك يعتبر من قبيل التعويض عن الضرر الذي تعرض له المستخدم جراء التأخير في تسليم النظام ومباشرة أعماله وليس من قبيل الغرامة التهديدية . مع ملاحظة أن ذلك لا يمنع من الاتفاق على الغرامة التهديدية بعقد الإعداد نفسه في صورة أن يتفق المستخدم مع المبرمج على أن يدفع الأخير غرامة محددة عن كل يوم تأخير عن إنجاز النظام , مع احتفاظ المستخدم لحقه بالمطالبة بالتعويض الكامل عن الضرر إذا تأخر المبرمج بتنفيذ التزامه .

¹ (1) - د السنهاوري- المرجع السابق -ص 816. د. إسماعيل غانم . مرجع سابق. بند 18 -ود\ أنور سلطان- أحكام الالتزام -مرجع سابق - بند 60. ص 140 . ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري . ج2 ص 540 .

² (2) - هو تعويض اتفاقي يقرره طرفا العقد عند التعاقد أو أثناء نفاذ العقد يلتزم المدين بدفعه إذا اخل بالتزامه وسبب ذلك ضررا للدائن . للتوسع راجع. د. السنهاوري - المرجع السابق ص 851. و.د. سليمان مرقص -شرح القانون المدني . مرجع سابق .ج2. ص 604 وما بعدها.

ففي هذه الحالة يتحقق المعني والقصد من الغرامة وذلك بحث المدين على تنفيذ التزامه دون أن يكون القصد منها التعويض , فهي لا تعتبر هنا شرطا جزائيا , لأنها بالنتيجة , سوف تشكل وسيلة ضغط مؤقتة فقط وانتقالية مابين تقرير التعويض النهائي , أو تقرير الفسخ مع التعويض , أو انحلال العقد , فهي كما أسلفنا إجراء مؤقت ينتهي بانتهاء الغاية من وجوده .

المبحث الثاني الوسائل غير العادية لانتهاء

رغم ان الفقه المصري يرى بان فسخ العقد هو احد أسباب انحلاله ,⁽¹⁾ الا انه يتعين التميز بين مفهوم فسخ العقد و بين انحلاله , خصوصا بالنسبة للأثر الرجعي لهذه التصرفات وعليه ففي عقود الإعداد إذا اخل احد المتعاقدين بالتزامه في مواجهة الآخر , يختلف مفهوم كل من الفسخ والانحلال اللذين يحق للمتعاقد الآخر المطالبة بهما وذلك لاختلاف مفهوم كل منهما في هذه العقود .

لذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في المطلب الأول انتهاء العقد بالفسخ ونبحث في مطلب ثان انتهاء العقد بالانحلال . كأشهر الصور والوسائل غير عادية لانتهاء , ولا يفوتنا ذكر ان هذه الصور ليست الوحيدة في هذا المجال فهناك انتهاء

¹ (1) - د , احمد شرف الدين - نظرية الالتزام - مرجع سابق , ص 407
و. د , أنور سلطان - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص 281.

العقد بالاتفاق (التقايل)⁽¹⁾ وهناك إنهاء العقد بالإرادة المنفردة (الإلغاء) فيما لو أجاز القانون ذلك .⁽²⁾

المطلب الأول انتهاء العقد بالفسخ

عرفت محكمة النقض المصرية الفسخ بأنه (حل
لرابطه العقدية بسبب إخلال احد طرفي العقد
الملزم للجانبين بالتزام ناشئ
عنه) .⁽³⁾

وقد نصت المادة 157 من القانون المدني المصري
في فقرتها الأولى على انه (في العقود الملزمة
للجانبين إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز
للمتعاقد الآخر بعد اذاره المدين أن يطالب بتنفيذ
العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إذا كان له
مقتضى) .⁽⁴⁾

وعليه نلاحظ أن الفسخ لا يكون إلا في العقود
الملزمة للجانبين , بحيث إذا لم يف احد المتعاقدين
بالتزام رتبه عليه العقد , كان للطرف الآخر ان يطلب
إنهاء العقد للتحلل هو الآخر من التزاماته .
والفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين سواء
كانت من العقود الفورية أم من العقود الزمنية⁽⁵⁾ ,
وهو لا يشترط ان يكون عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه
كلياً حتى يحق للآخر المطالبة به , فهذا الحق يثبت

¹ (1)- قضت محكمة النقض المصرية بان (متى كان الطرفان قد
تراضيا على إلغاء العقد فان هذا التفاسخ (التقايل) لا يكون له اثر
رجعي إلا إذا اتفقا على ترتيب هذا الأثر) نقض 7/4/1966 س 17-
رقم 112 ص 825

² (2) - راجع المواد 663, 715, 531 من القانون المدني المصري
³ (3)- نقض 18 / 1 / 1989 . الطعن 537/56 ق . مجموعة المكتب
الفني س 4 ج 1 رقم 43 ص 201 .

⁴ (4) - تقابل المواد 246 من القانون المدني الأردني و 202 من
مشروع القانون المدني الفلسطيني .

⁵ (1) - نقض مدني 6/3/1989 س 40 عدد 1 رقم 127 ص 735 .

للمتعاقد حتى لو قام الآخر بتنفيذ بعض التزاماته وهذا معناه أن عدم التنفيذ الجزئي يصلح سببا للفسخ , ويدخل في نطاقه التنفيذ المتأخر وعدم تنفيذ التزام تبعية , والتنفيذ المعيب , ولكن كل ذلك بشرط أن يكون من شأن هذه الصور ان تشكل إخلالا بالتزام جوهري. (1)

ولا يهمننا في هذا البحث الخوض في تفاصيل الفسخ فمرجع ذلك للقواعد العامة , فالذي يهمننا هنا هو تطبيق وتحديد مفهوم الفسخ على عقود الإعداد (المعلوماتية) وبيان كيفية المطالبة به وسلطة القاضي التقديرية بالحكم به . ان الفسخ يعني انتهاء العقد بالاستناد إلى الماضي , أي بأثر رجعي واعتباره كان لم يكن , ولا يتحقق ذلك ما لم يكن المتعاقد الذي يطالب بالفسخ حسن النية أي انه مستعد لتنفيذ التزامه , وقادر على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد . (2) طبعا ويشتت حسن نية الدائن عبر قيامه باعذار المدين لحته على تنفيذ التزامه ووضعة تحت طائلة المسؤولية قبل مطالبته بالفسخ (3), والاعذار هنا إلزاميا وليس جوازيا طبعا إذا لم يتفق على غير ذلك فان اكتشاف المستخدم ان البرنامج أو حتى النظام معيب وقام بالتصرف به للغير , لا يحق له المطالبة بالفسخ , وذلك لان هذا التصرف يحمل في طياته دلالة قطعية على تنازله عن حقه بالمطالبة بالفسخ.

¹ (2)- جوهريه الالتزام عادة يتم تحديدها من خلال طبيعة العقد أو طبيعة التعامل بين الأطراف والظروف المحيطة -لمزيد من التفاصيل راجع - أستاذنا د. احمد شرف الدين - نظرية الالتزام - مرجع سابق ص 410-420 . ود. حسام الاهواني مرجع سابق . ص 560-563 .
² (1) - د- حسام الاهواني -مرجع سابق . ص 563 .د. نوري حمد خاطر - مرجع سابق , ص 212 . ود. احمد شرف الدين . المرجع السابق ص 420 .

³ (2) - راجع سابقا المواد 157 مدني مصري و 246 مدني أردني و 202 مشروع مدني فلسطيني .

ويؤدي الحكم بفسخ العقد إلى اعتبار العقد كان لم يكن وإلى إعادة الحال إلى ما كانت عليه , وتطبيق ذلك على عقود الإعداد يعني أن على المستخدم أو المستفيد أن يرد ما استلمه من معدات أو برامج أو أجهزة متعلقة بالبرامج أو حتى بالنظام فيما لو تعاقد على نظام معلوماتي متكامل إلى المبرمج (المتعهد , المقابل) وعلى هذا الأخير أن يرد المقابل .

هذا كلاما جيدا وتطبيقيا للقواعد العامة ولكن في عقود الإعداد يصعب في اغلب الأحيان إعادة الحال إلى ما كانت عليه , إذ كيف ونحن نتعامل مع كيانات منطقية , وكيف , ويمكن ان يكون المستخدم قد استعمل بعضها الخ , فما هو الحل لو تعذرت إعادة الحال في جزء من العقد أو حتى في العقد كله ؟ كان يتصرف المستخدم بالمحل إلى الغير حسن النية أو كان يهلك المعقود عليه جزئيا أو كليا ؟ أجابت على هذا التساؤل المادة 160 من القانون المدني المصري بقولها (إذا انفسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض) .⁽¹⁾ أي إذا لم يكن بالإمكان إعادة الحال إلى ما كانت عليه يفسخ العقد ويصار إلى التعويض , أي يستبدل التعويض بإعادة الحال إلى ما كانت عليه .

فان كنا أمام عقد من عقود الإعداد بوصفه عقد من عقود المدة

(العقود الزمنية) فليس لفسخه أثرا رجعيا كالعقود الفورية , بحيث لا يترتب على الفسخ سوى إنهاء العلاقات الناشئة عن العقد منذ وقوع الفسخ , اذ ان طبيعة هذا العقد لا يمكن معها تطبيق الأثر الرجعي لان الزمن فيها كما أسلفنا مقصودا لذاته , والتقابل بين الالتزامات يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع

¹ (1) - تقابل المواد 248 مدني أردني و 206 مشروع مدني فلسطيني .

فيما نفذ منه

(فكيف بعد استعمال برنامج معين اعد على سبيل الإيجار ومضت مدة من الاستعمال مقترنة بدفع الأقساط , يمكن الرجوع عما نفذ منه؟) ففي هذه الحالة يكون مقابل الاستعمال له صفة الأجرة وليس التعويض , بحيث يفسخ العقد انطلاقا من الحاضر والمستقبل ولا تكون الأقساط الماضية سوى بدلا للإيجار مثلا . (1)

ولابد من القول أيضا في مجال الفسخ أن عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه الذي يشكل مبررا للمتعاقد الآخر للمطالبة بالفسخ يجب ان يكون راجعا إلى سبب ينسب إليه , لا إلى سبب أجنبي لا يد للمدين به أو قدرة عليه , فان أصبح تنفيذ عقد الإعداد مستحيلا لسبب أجنبي لا دخل للمدين به , انقضى الالتزام وانقضى معه الالتزام المقابل , وانفسخ العقد من تلقاء نفسه في هذه الحالة وبحكم القانون.(2)

أما عن سلطة القضاء التقديرية في الحكم بالفسخ , فيلاحظ هنا ان الفسخ بالأصل قضائي , ومقتضى ذلك أن إخلال احد المتعاقدين بالتزامه , يعطي الحق للآخر بعد اعذاره بمطالبة القضاء بالحكم بالفسخ , فالقانون ينشأ الحق في المطالبة بالفسخ في العقود

¹ (2) - د. أنور سلطان - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص 294-295 .
و.د, احمد شرف الدين - المرجع السابق -ص 441 . و.د, السنهوري - الوسيط- مصادر الالتزام - المجلد الثاني 1 - مرجع سابق ص 806 .
² (1) - قضت محكمة النقض المصرية في هذا بان (يفسخ عقد البيع حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة 159 من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام احد المتعاقدين لسبب أجنبي , ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد) طعن 182/34 ق جلسة 26/12/ 1964 س 19 ص 1565 .قضاء النقض في المواد المدنية - مرجع سابق -قاعدة 978 ص 303-304 . وفي نفس المعنى المواد 247 من القانون المدني الأردني و204 من مشروع القانون المدني الفلسطيني .
ولمزيد من التفصيل راجع .د, السنهوري - المرجع السابق ص 823-824 . و .د, احمد شرف الدين - المرجع السابق ص 418.

الملزمة لجانبين , والقاضي في حكمه إنما ينشا
الفسخ , ولا يكشف عن عقد منفسخ , إلا في حالة
السبب الأجنبي والقوة القاهرة , أو الفسخ بالاتفاقي
(¹) , بأن يرتب المتعاقدان شرطاً بالعقد يجعل منه
منفسخاً من تلقاء نفسه إن لم يف احدهما بالتزاماته
, وهو ما أجازته المادة 158 من القانون المدني
المصري . (²) علماً أن هذا الشرط لا يغني عن رفع
الدعوى للحكم بالفسخ , ولا يسلب القاضي سلطته
التقديرية لرفض الحكم به , أو منح المدين أجلاً
للتنفيذ (أي لا يتحتم على القاضي تطبيق الشرط)
(³)

حيث يمارس القاضي في جميع الأحوال سلطة
تقديرية واسعة في إقرار الفسخ حتى لو كان اتفاقاً
أو قانونياً , فإن وج القاضي مثلاً عدم التنفيذ جزئياً ,
ورتب ضرراً جسيماً بحق الدائن يمكن أن يقرر
الفسخ , , فلو باع المبرمج معدات النظام كاملة
للمستخدم , ملتزماً في نفس الوقت بتزويد المستخدم
بالبرامج المناسبة لهذا النظام , ثم لم يف بذلك ,
فيتعين على القاضي هنا الحكم بالفسخ , لأن هذا
النظام سوف لن يعمل بدون البرنامج المناسب .
ويذهب الفقهاء بالنسبة لعقود الإعداد أكثر من ذلك
بقولهم حتى لو امتنع المبرمج أو المنتج عن تزويد
المستخدم بالدليل (دليل التشغيل) وكان ضرورياً

¹ (1) - د, حسام الاهواني - مرجع سابق ص 575. ود. حمدي عبد
الرحمن - الوسيط في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول -
المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة , دار النهضة العربية -
القاهرة 1999 ص 614.

² (2) - نصت المادة على أنه (يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد
مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء
بالالتزامات الناشئة عنه , وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار , إلا إذا اتفق
المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه) . تقابل المواد 245 من القانون
المدني الأردني و 203 من مشروع القانون المدني الفلسطيني
³ (3) - أستاذنا د. احمد شرف الدين - المرجع السابق ص 431 .

لمباشرة العمل وتشغيل النظام يمكن للقضاء الحكم بالفسخ .⁽¹⁾

وكذلك لو تأخر المبرمج أيضا في تسليم المعدات , ولم يعد ضروريا بالنسبة للمستخدم تنفيذ الصفقة , كان من حقه المطالبة بالفسخ .

وعلى جانب آخر فإن اخل المستخدم مثلا في تنفيذ التزاماته أو تأخر فيها , يحق للمبرمج المطالبة بالفسخ , كما لو رفض تسلم البرنامج أو النظام بدون مسوغ أو عذر قانوني .

وفي مقابل ذلك يجوز للقاضي إلزام المدين بالتنفيذ الجبري ورفض طلب الدائن بالفسخ إذا كان ذلك ممكنا كما لو تعهد المدين بتنفيذ التزامه في مهلة محددة دون أن يلحق ذلك بالدائن ضررا , وهذا لا يعني عدم الحكم بالتعويض للدائن فيما لو رفض القضاء الحكم بالفسخ نتيجة لإخلال المدين بالتزامه .⁽²⁾

وهذا لا يعني أن للقضاء الحق في تعديل العقد وذلك لان العقد شريعة المتعاقدين , والفسخ غير التعديل , فالحكم بالفسخ هو إنهاء للعقد نتيجة لإخلال احد المتعاقدين بالتزامه ويكون بقرار من القضاء الذي استمد هذه السلطة من القانون مباشرة .⁽³⁾ أما تعديل العقد فيجب ان ينص القانون صراحة على حق القاضي في التعديل , لان الأساس هو مبدأ

¹ (1) - د, نوري حمد خاطر - عقود المعلوماتية - مرجع سابق ص 215 وما بعدها , د فاروق الحفناوي - قانون البرمجيات - مرجع سابق ص 325 .

² (2) - د. احمد شرف الدين - المرجع السابق .هامش ص 428 . وانظر نقض 22/5/1984 س35 رقم 268 ص 1390 (انقضاء الأجل دون وفاء بالالتزام لا يوجب على قاضي الموضوع الحكم بالفسخ)

³ (3) - راجع المواد 157 مدني مصري و 246 مدني أردني و202 مشروع فلسطيني

سلطان الإرادة وان العقد شريعة المتعاقدين وان التعديل يجب ان يكون بإرادة المتعاقدين ورضاهما.⁽¹⁾

المطلب الثاني **انتهاء العقد بالانحلال**

سار الفقه والقضاء على إطلاق مصطلح الفسخ على كل سبب ينتهي به العقد نتيجة للإخلال،⁽²⁾ وذلك رغم أن مدلول الفسخ يتمحور بإنهاء العقد بأثر رجعي واعتباره كان لم يكن، وهذا ما اعترف به المشرع المصري في المادة 160 عندما نصت انه (إذا انفسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض)⁽³⁾. وفي عقود الإعداد فإن تطبيق ذلك يكون على العقود فورية التنفيذ أو مؤجلة النفاذ، ومن الصعوبة بمكان وكما أسلفنا تطبيق مفهوم الفسخ بالأثر الرجعي على العقود مستمرة التنفيذ، كعقود إيجار البرامج، أم منح حق الاستعمال (الترخيص بالاستعمال) والذي يكون بها الزمن عنصراً جوهرياً، بحيث أن كل وحدة زمنية تمر يقابلها منفعة، فالزمن مقياس لتحديد التزامات وحقوق الأطراف في مثل هذه العقود، وعالية لا يمكن إن أعملنا مفهوم الفسخ بالشكل التقليدي أن تتم إعادة الحال إلا ما كانت عليه قبل التعاقد، لهذا نرى أن مصطلح الانحلال بالنسبة للعقد أدق في مثل هذه الحالات من استخدام مصطلح الفسخ، حتى يتم تمييزها عن العقود الفورية، حيث أن الانحلال في العقود الزمنية وكما أسلفنا

¹ (1)- انظر المادة 147 مدني مصري وهي تقابل المواد 241 مدني أردني و179 مشروع مدني فلسطيني

² (2) - د. أنور سلطان - مصادر الالتزام - مرجع سابق ص 286 وما بعدها. د. إسماعيل غانم - مرجع سابق ص 325 وما بعدها. د. أحمد شرف الدين- المرجع السابق - ص 407 وما بعدها.

³ (3) - تقابل المواد 248 مدني أردني و 206 مشروع مدني فلسطيني.

عند حديثنا عن فسخ هذه العقود ينهيها بالنسبة للمستقبل فقط.⁽¹⁾

على انه يجدر التنويه ان القضاء والمشرع لم يلتزما بهذه التفرقة , فهما يستخدمهما في الغالب مصطلح الفسخ للدلالة على الاثنين , فقد جاء نص المادة 569 من القانون المدني المصري ليؤكد ما قلناه (1- إذا هلك العين المؤجرة أثناء الإيجار هلكا كلياً انفسخ العقد من تلقاء نفسه 2- أما إذا كان هلاك العين.....إما إنقاص الأجرة أو فسخ الإيجار....الخ) .⁽²⁾

رغم ان الفقه قد رسخ الموقف بالنسبة للعقود المستمرة التنفيذ باعتبار ما تم دفعة من الأجر بدلا عن الانتفاع هو ليس على سبيل التعويض , ولكنه مقابلا عن الاستعمال والانتفاع لمدة مضت , اذ كيف ستعيد متعاقدين إلى ما كانا عليه قبل إيجار برنامج احدهما إلى الآخر وقيام هذا الآخر باستعماله سنة مثلا , ومطالبته بعد تلك السنة بفسخ العقد لسبب جوهري ؟ كيف ستطلب منه إعادة الحال إلى ما كانت عليه والزمن في هذا العقد مقصودا لذاته لا بل هو يمكن أن يصنف على انه محلا في هذا العقد .⁽³⁾

¹ (1) - يمكن أن نبقي على مصطلح الفسخ كما الفقه المصري ونميز بين العقود مستمرة التنفيذ والعقود فورية النفاذ بالنسبة للفسخ وأثره الرجعي , بحيث لا اثر رجعي بالنسبة لفسخ العقود التي يكون الزمن عنصرا جوهريا فيها , ولكن الفقه اليوم يفضل مصطلح الانحلال عند حديثه عن فسخ العقد مستمر التنفيذ (عقود المدة) . لمزيد من التفصيل يمكن مراجعة:- د. ياسر الصيرفي - نقد التمييز بين العقد الفوري والعقد المستمر - دار النهضة العربية القاهرة 1999 ص 7 وما بعدها . د و وحيد الدين سوار - المصادر الإرادية - مرجع سابق - ص 363

² (2) - تقابل المواد 687 من القانون المدني الأردني و 685 من مشروع القانون المدني الفلسطيني .

³ (1) - د. انور سلطان - المرجع السابق . ص 294- 295 و.د. احمد شرف الدين - المرجع السابق - ص 441 . و.د. السنهوري - الوسيط- مصادر الالتزام - المجلد الثاني 1 - مرجع سابق ص 806 .

وأخيرا لابد من القول أن اختلاف التسمية أو المصطلح لا يؤثر على سلطة القاضي التقديرية في الحكم بانحلال العقد مستمر التنفيذ , نتيجة لإخلال المدين بالتزاماته , فمثلا لو ان القاضي قد استظهر ان هناك شرط في عقد إيجار برنامج يقضي بانحلال العقد إذا ظهر برنامج أكثر كفاءة من البرنامج الذي في حيازة المستأجر , فله أي للقاضي السلطة التقديرية الكاملة في التحقق من وجود مثل هذا البرنامج ومن ثم الحكم بانحلال العقد من عدمه (على ضوء استتيانه) , وباختصار فان القاضي يملك نفس السلطات التي يملكها في تقرير الفسخ في العقود الفورية والمؤجلة النفاذ بالنسبة لتقرير الانحلال في العقود مستمرة التنفيذ , سوى انه لا يحكم بإنهاء العقد بالنسبة للماضي والمستقبل , بل يحكم بإنهاء العقد بالنسبة للمستقبل أي بانحلاله .

ولابد من القول هنا ان ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من اتفاق على إنهاء العقد بالنسبة للمستقبل في العقود فورية التنفيذ .